كتاب الاعتاق ١ كتاب الايمان ١٨ كتاب الحدود ٤٣ كتاب السرقة ٦٣ كتاب السير ٧٤
كتاب اللقيط ٩٧ كتاب اللقطة ٩٨ كتاب الآبق ١٠١ كتاب المفقود ١٠٢ كتاب الشركة ١٠٣ كتاب القضاء ١٧٧
كتاب الوقف ١٠٨ كتاب البيع ١١١ كتاب الصرف ١٦٠ كتاب الكفالة ١٦٥ كتاب الحوالة ١٧٥ كتاب الشهادة ١٩٢
كتاب الوكالة ٢١٢ كتاب الدعوى ٢٢٧

كتاب الاعتاق ١ باب عتق البعض ٤ باب الحلف بالعتق ١١ باب العتق على جعل ١٢ باب التدبير ١٤ باب الاستيلاد ١٥
كتاب الايمان ١٨ باب اليمين في الدخول والسكنى والخروج والاتيان وغير ذلك باب اليمين في الاكل والشرب ٢١
باب اليمين في الطلاق والعتاق ٢٣ باب اليمين في البيع والشراء والصوم والصلاة وغيرها والتبس والكلام ٢٦
باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك ٣٣ كتاب الحدود ٣٦ باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب ٤٣
باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها ٤٦ باب حد الشرب ٤٧ باب حد القذف ٥٣ فصل في التعزير ٥٧ ٥٨
كتاب السرقة ٦٣ فصل في الحرز ٦٧ فصل في كيفية القطع واثباته ٦٩ باب قطع الطريق ٧٢ كتاب السير ٧٤
باب الغنائم وقسمتها ٧٨ فصل كيفية القسمة باب استيلاء الكفار ٨٣ باب المستأمن ٨٥ فصل في ... ٨٦
باب العشر والخراج والجزية ٨٧ فصل في وضع الجزية ٨٩ باب المرتدين ٩١ باب البغاة ٩٥ كتاب اللقيط ٩٧
كتاب اللقطة ٩٨ كتاب الآبق ١٠١ كتاب المفقود ١٠٢ كتاب الشركة ١٠٣ فصل فيما تصح الشركة فيها ١٠٧
كتاب الوقف ١٠٨ فصل في المسجد ١١٠ كتاب البيع ١١١ فصل ما يدخل في العقد ١١٤ باب خيار الشرط ١١٦
باب خيار الرؤية ١٢٠ باب خيار العيب ١٢٢ باب البيع الفاسد ١٢٨ فصل في قبض المشتري ١٣٤
باب الاقالة ١٣٧ باب التولية ١٣٩ فصل في صحته قبل القبض ١٤٠ باب الربا ١٤٣ باب الحقوق ١٤٧
باب الاستحقاق ١٤٧ باب السلم ١٥١ كتاب الصرف ١٦٠ كتاب الكفالة ١٦٥ فصل في قضاء الدين ١٧٢
باب كفالة الرجلين ١٧٤ كتاب الحوالة ١٧٥ كتاب القضاء ١٧٧ فصل في الحبس ١٨٠ باب كتاب القاضي الى القاضي ١٨١
باب التحكيم ١٨٥ باب المسائل الشتى ١٨٦ كتاب الشهادة ١٩٢ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ١٩٦
باب الاختلاف في الشهادة ٢٠١ باب الشهادة على الشهادة ٢٠٤ باب الرجوع عن الشهادة
كتاب الوكالة ٢١٢ باب الوكالة بالبيع والشراء ٢١٤ فصل فيمن ترد شهادته ٢١٩ باب الوكالة بالخصومة والقبض ٢٢٢
باب عزل الوكيل ٢٢٥ كتاب الدعوى ٢٢٧ باب التحالف ٢٣٣ باب ما يدعيه الرجلان ٢٣٨
باب دعوى النسب ٢٤٤
عدد الاوراق ٢٤٧

انخرط مع الجزء الاول والاخير كاملاً
في سلك ملك الفقير عطاء الله الشهير
بنوعي زاده القاضي بمدينة اسكوب
خلال ١٠٤٤

الجزء الثاني من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق

تأليف الشيخ
الامام العالم العلامة
افضل الناس فخر الملة
والدين ابي عمر وعثمان
ابن علي الزيلعي

الملك لله دخل في حفظ عبده
الحاجي بشير اغا دار السعادة الشريفة
لسنة ثمان وخمسين
ومائة والف

هذه النسخة الجليلة من وقف حضرت مولانا صاحب الخيرات الحسان صاحب ذيل الجود والاحسان منور مصابيح المقاصد بانوار العناية مفتح معاقد المراصد بمفتاح الكفاية جامع محاسن العلم والعمل حائز مجامع البر الاكمل الآ وهو آغاء دار السعادة الحاج بشير وفقه للخير المزيد والبر الكثير من هو على كل شيء قدير حرره الفقير اليه سبحانه وتعالى محمد امين المفتش باوقاف الحرمين المحترمين عفي عنه

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

كتاب الإعتاق ٥

قال هو اثبات القوة الشرعية للمملوك هذا في الشرع لانه به يصير قادرا على التصرفات الشرعية حتى
صار به اهلا للتصرفات والشهادات والولايات وعلى التصرف في الاغيار وعلى دفع تصرف الاغيار عن نفسه
باثبات قوة حكمية وازالة ضعف حكمي والعتق والعتاق في اللغة القوة مطلقا وعتاق الطير جوارحها
سميت به لاختصاصها بمزيد القوة وعتق الفرخ اذا قوي وطار من وكره والحرية عبارة عن الخلوص لغة
يقال ارض حرة لا خراج فيها وفي الشرع عبارة عن خلوص حكمي يظهر في حق الآدمي بانقطاع حق الاغيار عن نفسه
واثبات هذا الوصف الحكمي يسمى اعتاقا وتحريرا وهو تصرف مندوب اليه قال عليه السلام من اعتق رقبة
مسلمة اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار حتى فرجه بفرجه متفق عليه وقال عليه السلام من اعتق رقبة
مؤمنة اعتق الله بكل ارب منها اربا منه من النار حتى انه ليعتق اليد باليد والرجل بالرجل والفرج بالفرج
قال ابن قدامة متفق عليه والمستحب ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء ٥

قال ويصح من حر مكلف لمملوكه بانت حر او بما يعبر به عن البدن وعتيق ومعتق ومحرر وحررتك واعتقتك
نواه او لا اي يصح العتق من حر بالغ عاقل بقوله لمملوكه انت حر او بقوله انت عتيق او معتق او محرر او حررتك
او اعتقتك او اتى ببدل قوله انت ما يعبر به عن جميع البدن كقوله وجهك حر او رأسك او رقبتك او عنقك
او قال لامته فرجك نوى العتق به او لم ينو شرط ان يكون حرا مكلفا وهو البالغ العاقل لان العتق لا يقع الا في الملك
والعبد لا ملك له والصبي والمجنون ليسا من الاهل لكونه ضررا او لعدم الاهلية ولهذا لا يملكه الولي عليهما فصار
حالهما منافيا ولهذا لو اضافه الى تلك الحالة بان قال اعتقته وانا صبي او مجنون وجنونه معهود لم يعتق
وكذا اذا قال في حال صباه او جنونه اذا احتلمت او افقت فهو حر لم ينعقد لان قوله غير ملزم وشرط ان يكون
العبد مملوكا له لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وشرط ان يكون مضافا الى الجملة او الى ما يعبر
به عن الجملة كقوله انت حر او رأسك حر او نحو ذلك لان التحرير يقع في جملة الاعضاء فلا بد من الاضافة
اليها او الى ما يعبر به عنها وقال نوى او لم ينو لان هذه الالفاظ صريح في العتق لاختصاص استعمالها فيه
او لغلبته فلا يحتاج فيها الى النية لما عرف في موضعه ولو قال اردت به الاخبار الباطل او انه حر من العمل
صدق ديانة لا قضاء لانه يحتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر باعتبار الاستعمال والقاضي يحكم بالظاهر
والله متولي السرائر ولو قال اردت به انه كان حرا في وقت من الاوقات ينظر فان كان العبد من السبي
يصدق ديانة وان كان مولدا لا يدين ذكره في الغاية قال وبلا ملك ولا رق ولا سبيل لي عليك ان
نوى اي بقوله لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك ولا سبيل لي عليك عتق ان نوى لان نفي هذه الاشياء يحتمل بالبيع
والكتابة والعتق وانتفاء السبيل يحتمل بالعتق وبالارضاء حتى لا يكون له سبيل في اللوم والعقوبة فصار مجملا
والمجمل لا يتعين بعض وجوهه الا بالنية بخلاف قوله لا سلطان لي عليك لان السلطان عبارة عن اليد والحجة
ونفيهما لا يدل على انتفاء الملك كما في المكاتب ولئن احتمل زوال اليد بالعتق فهو محتمل المحتمل فلا يعتبر بخلاف
نفي السبيل لان مطلقه يستدعي المعتق لان للمولى سبيلا على مملوكه وان كان مكاتبا لان ملكه باق فيه وقال
الكرخي في مختصره ولم يتضح لي الفرق بينهما والفرق ما بيناه وكذا كنايات العتق مثل قوله خرجت من
ملكي وخليت سبيلك ولو قال اطلقتك ونوى به العتق يعتق لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك بخلاف قوله

طلقتك او انت بائن او خلية فالشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف سائر كنايات الطلاق هو يقول ان بين الملكين
اتصالا من حيث ان عمل كل واحد منهما لاسقاط الملك ولنا ان الاعتاق اثبات القوة على ما بينا والطلاق
رفع القيد لان العبد كالجماد وبالعتق يحيى فيقدر على التصرفات الشرعية والمرأة قادرة بعد التزوج
على حالها غير انها ممنوعة من البروز لينتظم مصالح النكاح فاذا طلقها لم يثبت لها به شيء لم يكن ثابتا من
قبل بل يرتفع عنها المانع ولا شك ان المثبت للقوة اقوى من ازالة المانع فلا يجوز ان يستعار الاضعف
للاقوى بخلاف العكس وكذا ملك اليمين اقوى من ملك النكاح بدليل انه يدخل فيه ملك المتعة تبعا والفاظ
العتق تزيلها والفاظ الطلاق لا تزيل الا ملك المتعة فالموضوع للاضعف لا يجوز استعارته للاقوى
بخلاف العكس وهذا اصل مستمر لان من شرط المجاز ان يكون عمل اللفظ في محل المجاز اقوى من عمله في محل
الحقيقة وبخلاف قوله اطلقتك لانه عبارة عن التسييب فصار بمنزلة قوله خليت سبيلك ولهذا
لا يختص بالنكاح قال وهذا ابني وابي وامي وهذا مولاي او يا مولاي او يا مولاتي او يا حر او يا عتيق
اي بهذه الالفاظ يقع العتق اما قوله يا حر او يا عتيق فلانه صريح فيه لانه وضع له وقد غلب
الاستعمال فيه والنداء لاستحضار المنادى موصوفا بالوصف المذكور فيقتضي تحقق الوصف فيه
اذا امكن ثبوته من جهته وقد امكن ثبوته من جهته فيثبت تصديقا له بخلاف ما اذا قال له يا ابني على
ما يجيء من الفرق الا اذا كان اسمه حرا فناداه يا حر لان مراده الاعلام باسمه العلم لا اثبات هذا الوصف
لان الاعلام لا يراعى فيها المعاني حتى لو ناداه بلفظ آخر بمعناه كعتيق واراد عتق لان الاعلام لا تغير
واما قوله هذا مولاي او يا مولاي فلان اسم المولى وان كان يحتمل اشياء الناصر كما قال تعالى ذلك بان
الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم وابن العم كما قال تعالى حكاية عن زكريا واني خفت الموالي
والموالاة في الدين والمولى الاعلى والاسفل لكن الاسفل متعين له لاستحالة غيره لان المولى لا يستنصر
بمملوكه عادة وله نسب معروف والموالاة نوع مجاز فلا تزاحم الحقيقة واضافته الى العبد ينافي كونه
المولى الاعلى فتعين المولى الادنى ضرورة تصحيحا لكلامه فالتحق بالصريح فلا يحتاج فيه الى النية واستوى
فيه الخبر والنداء لانه كالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتي او يا مولاتي لما ذكرنا ولو قال
اردت به الموالاة في الدين او الكذب لا يصدق قضاء لكونه خلاف الظاهر وقال زفر رحمه الله لا يعتق بقوله
يا مولاي الا بالنية لانه يراد به الاكرام عادة لا التحقيق كقوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام محمول على حقيقته
ما امكن وحقيقته ان يكون له عليه ولاء وقد تعين الاسفل لذلك بخلاف قوله يا مالكي لانه ليس فيه ذكر
يقتضي اعتاقه اياه ولا يمكن اثبات هذه الصفة من جهته وقال في الكافي يعتق اذا قال يا سيدي ونوى
به العتق واما قوله هذا ابني او ابي او امي فلان ولاية الدعوة له لقيام الملك فيثبت به نسبه اذا كان
لمثله يولد لمثله واذا ثبت عتق عليه لانه يستند النسب الى وقت العلوق في الولد فتبين انه علق حرا
اذا كان العلوق في ملكه والا تبين انه عتق من وقت ملكه وكذا في غير الابن وان كان لا يولد مثله لمثله
او مثله لمثلهما او كان الولد ثابت النسب من غيره لا يثبت منه للتعذر ويعتق لانه يجعل مجازا عن التحرير
لكونه من لوازمه فجازت الاستعارة فيه لان البنوة والابوة سبب لحرية المملوك وعندهما اذا
كان لا يولد مثله لمثله او مثل المدعي لمثلهما لا يعتق لانه محال فيرد كما لو قال اعتقتك قبل ان اخلق ٥

ولابي حنيفة انه صح مجازا وان كان مستحيلا حقيقة لكونه اخبارا عن حريته من حين ملكه فيصار
اليه كمن حلف لا ياكل من هذه النخلة ينصرف الى ما يخرج منها لاستحالة اكلها وهذا الخلاف مبني
على ان المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما ومن شرطه ان ينعقد السبب في الاصل على الاحتمال
ثم يمتنع وجوده لعارض فيخلفه غيره مجازا كما لو كان في مسئلتنا غير مستحيل بان كان يولد مثله لمثله
وهو معروف النسب فانه لولا ثبوته من غيره لثبت منه فيخلفه لوازمه وهو الحرية وعنده
المجاز خلف عن الحقيقة في التكلم بمعنى ان التكلم بكلام واراده ما وضع له اصل والتكلم بذلك الكلام
وارادة غيره مجاز خلف عن الاصل وشرطه ان يكون الاصل وهو التكلم به صالحا بان يكون مبتدا
وخبرا حتى يكون عاملا في ايجاب الحكم الذي يقبله المحل بطريق المجاز ولا معنى لما قالا لان المجاز ماخوذ من
جاز يجوز اذا انتقل والانتقال من اوصاف الالفاظ فاذا اللفظ هو الذي ينتقل من الموضوع له الى غيره
فاما المعاني فلا يمكن نقلها حتى يجعل مجازا خلفا عن الحقيقة وعلى هذا يخرج قوله لعبده هذا حمار او حمار
وكذا لو قال لك علي الف او على هذا الجدار فعنده يعتق ويلزمه الالف لصحة التكلم به وان لم يمكن ثبوت
الحرية والدين مطلق احدهما اطلاقا لما لا يستحيل له ثبوت الحقيقة ثم قيل لا يحتاج الى تصديق العبد لان
اقرار المالك على مملوكه يصح من غير تصديقه وقيل يشترط تصديقه فيما سوى دعوى البنوة لان فيه حمل النسب
على الغير فيكون فيه الزام العبد بعد الحرية فيشترط تصديقه ولو قال الصغير هذا جدي او قال لعبده
هذا ابني قيل على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان الاول لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب
وهي غير ثابتة بكلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب بخلاف البنوة والابوة لان لهما موجبا في الملك
من غير واسطة واما الثاني فالمشار اليه ليس من جنس المسمى فيتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر
على ما بينا في النكاح ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية لما انه لا موجب له في الملك الا بواسطة
وعن ابي حنيفة يعتق لما ذكرنا ان صحة المجاز يعتمد صحة التكلم به عنده قال ولا بيا ابني ويا اخي ولا
سلطان لي عليك والفاظ الطلاق وانت مثل الحر اي لا يعتق بقوله يا ابني ويا اخي الى اخره اما عدم
الوقوع بقوله يا ابني فلان النداء لاعلام المنادى واستحضاره موصوفا بالوصف المذكور غير انه ان
امكن اثباته من جهته ثبت تصديقا له كما قلنا في قوله يا حر وان لم يمكن اثباته من جهته لا يثبت
للتعذر والبنوة منه لانه لا يمكن اثباتها بقوله هذا ابني اذا لم يخلق من مائه بخلاف الحرية في قوله يا حر
وكذا قوله يا اخي لما ذكرنا ولانه لا يمكن اثباته الا بواسطة وبذلك لم يثبت وكذا لو قال يا ابن او يا بني او
يا بنية لانه لم يضفه الى نفسه ولم يدع انه ابن له وانما ذكر لفظ الابن مكبرا او مصغرا وذلك لا يوجب
العتق لانه كما قال هو ابن ابيه ولانه لو لم يكن مناديا بان قال هذا ابن لم يعتق لما ذكرنا فمع النداء
اولى واما قوله لا سلطان لي عليك فلان السلطان هو الحجة قال الله تعالى او ليأتيني بسلطان مبين
اي بحجة ويذكر ويراد به اليد والاستيلاء سمي السلطان به لقيام يده واستيلائه فصار كانه
قال لا حجة لي عليك ولو نص على ذلك لم يعتق ولو نوى فكذا هذا ولانه لما صار عبارة عن اليد
والحجة صار نفيه تعرضا لنفي اليد والحجة لا الملك واليد تنتفي بالكتابة والرهن والاجارة وغير
ذلك فلا يلزم منه انتفاء الملك ولو عتق به لزال الملك واليد به اكثر مما وضع له وهو لا يجوز بخلاف

قوله لا ملك لي عليك لانه يفيد انتفاء الملك وهو يحتمل ان يكون بالعتق او بالتمليك لغيره فاذا نوى
صح فان لم تكن له نية يحمل على الادنى فلا يعتق وبخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان للمولى سبيلا على مملوكه
وان خرج من يده بالكتابة او غيره فنفيه مطلقا يفيد نفي الملك وذلك بالعتق او غيره فاذا نواه
صح وعتق والا فلا لما ذكرنا في قوله لا ملك لي عليك واما الفاظ الطلاق فقد ذكرناه وذكرنا فيه
خلاف الشافعي في قوله لا سبيل لي عليك واما قوله انت مثل الحر فلانه اثبت المماثلة بينهما وهي قد تكون عامة
وقد تكون خاصة فلا يعتق بلا نية للشك قال وعتق بما انت الا حر اي عتق بقوله ما انت الا
حر لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد فيكون فيه اثبات الحرية بابلغ الوجوه ولو قال
راسك راس حر وبدنك بدن حر لم يعتق لانه تشبيه بحذف كاف التشبيه وتشبيه الشيء بالشيء لا
يقتضي المماثلة من كل وجه ولو وصفه ولم يضف فقال راسك راس حر او بدنك بدن حر
عتق لانه وصف وليس بتشبيه والراس عبارة عن الجملة فصار كانه قال ذاتك حر قال
وبملك قريب محرم ولو كان المالك صبيا او مجنونا يعني يعتق عليه بملك قريبه اذا كان محرما ولو
كان المالك صبيا او مجنونا وقال الشافعي رحمه الله لا يعتق الا الولاد لان العتق اقوى الصلات فيناط
باقرب القرابات وهو الولاد لمكان الجزئية وغير الولاد ملحق بالاجانب في حق الاحكام كوضع الزكاة
والشهادات وحل الحليلة وامتناع التكاتب عليه فكذا في حق هذا الحكم ولا يمكن الحاقها بالولاد ثبوتا
او استدلالا لنزولها عن قرابة الولاد ولنا قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر
رواه ابو داود وغيره وروي عن عمر وابن مسعود مثله وعن كثير من التابعين كذلك ولان القرابة
المؤثرة في حرمة النكاح هي المؤثرة في حرمة القطع وهذا لان النكاح انما حرم بهذه القرابة صيانة
للقريب عن ذل ملك النكاح والاستفراش قهرا فيؤدي الى القطيعة الرحم وملك اليمين في ذلك ابلغ
فكان اولى بالمنع صيانة وللصيانة عن القطع حرم الجمع بين المحارم على ما روي انه عليه السلام قال
انكم اذا فعلتم ذلك قطعتم ارحامهن اشار الى المنافرة التي تكون بين الضرائر قال الله تعالى واتقوا
الله الذي تساءلون به والارحام اي اتقوا الله ان تعصوه واتقوا الارحام ان تقطعوها فثبت بهذا
ان الارحام هي التي يجب صيانتها ووصلها ويحرم قطعها فكل ما كان فيه الذل اقوى فالقطيعة فيه
اشد فكانت الصيانة عنه واجب والتعليل بالولاد والجزئية لا ينافي التعليل بغيره لجواز ترادف
العلل على ما عرف في موضعه ولا فرق في ذلك بين ان يكون صغيرا او كبيرا مسلما او كافرا في دار الاسلام
وانما لا يتكاتب لانه لا ملك له في الحقيقة ولهذا لا يفسد النكاح اذا اشترى امراته ويحل له الصدقة
وانما له التكسب خاصة وقرابة الولاد يجب مواساتها بالتكسب فلهذا يجب نفقة الولاد على المكسوب
دون غيرهم من الاقارب وكذا المكاتب على انه يتكاتب عليه في رواية عن ابي حنيفة وهو قولهما
قلنا انه يمنع والتفاوت في الاحكام التي ذكرها لا يوجب تفاوتا في الكل الا ترى ان قرابة الولاد ايضا تتفاوت
احكامهم في بعض الاشياء كجريان القصاص حتى لا يقتل الوالد بولده ويقتل الولد بالوالد وكذا يجب
نفقة اولاده الصغار عليه وان كان فقيرا وعلى المكسوب يجب نفقة الاباء دون اولاده الكبار ثم لا تاثير
لهذا الاختلاف في عدم العتق بالملك فكذا فيما ذكر ولو ملك الحربي قريبه في دار الحرب لم يعتق عند

خلافاً لأبي يوسف وكذا المسلم لو ملك قريبه فيها لم يعتق وكذا لو اعتق الحربي او المسلم عبداً في دار الحرب
لم يعتق عندهما وتعتق عنده هو يقول انه مال لله دينه فيملك ازالته بالعتق وهما يقولان انه معتق
بلسانه مسترق بيده لانه تحت يده وقهره ولو طرا الاستيلاء على الحربي ابطل حريته فالمقارن اولى ان يمنع
الحرية حتى لو خلى سبيله وازال يده عنه عتق لانه لم يسترق بيده وان كان العبد مسلما او ذميا عتق بالاجماع
لانهما ليسا بمحل الاسترقاق بالاستيلاء قال ويتحرر لوجه الله والشيطان والصنم ويكره وسكر اي
يعتق العبد باعتاقه لوجه الله تعالى او الشيطان او الصنم او باكراه او سكر بان عتقه وهو سكران او مكره
لان الاعتاق هو الركن المؤثر في ازالة الرق وصفة القربة لا تاثير لها في ذلك الا ترى ان العتق بالمال
والكتابة مشروعان وان عريا عن صفة القربة فلا ينعدم بعدمها اصل العتق ولا يخل به ازالة الرق وكذا
عتق المكره والسكران واقع لصدوره من اهله مضافاً الى محله ولا يشترط في الاسقاطات الرضا وبالاكراه
ينعدم الرضا ولا تاثير له في اعدام الحكم الا ترى الى ما روي عنه عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن
جد النكاح والطلاق والعتاق والهازل لا يرضى بالحكم ولا يريده وعن عمر رضي الله عنه انه قال
من تكلم بنكاح او طلاق او عتاق فهو جائز عليه وقد بيناه في باب الطلاق باكثر من هذا قال
وان اضافه الى الملك او شرط صح اي ان اضاف العتق الى ملك بان قال ان ملكتك فانت حر او علقه
بشرط بان قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر جاز لانه من الاسقاطات وفي الاول خلاف الشافعي وقد
بينا الوجه فيه في باب الطلاق واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف
حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله تعالى ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء
وذكروا للعتق اسبابا كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب
ومنها زوال يد الكافر عن عبده المسلم كما ذكرنا في عبيد الطائف ومنها اذا اقر بحرية عبد انسان ثم ملكه
ولو قال لعبده انت عتيق فلان عتق عليه لاقراره بحريته والفاظ العتق تنقسم الى ثلثة اقسام صريح
وكناية وما يجري مجرى الصريح والاعتاق على وجوه مرسل ومعلق ومضاف الى ما بعد الموت وكل ذلك
يتنوع الى نوعين ببدل وغير بدل وكل ذلك ينقسم الى ثلثة اقسام قربة ومعصية ومباح كالعتق لاجل
انسان او بلا نية قال ولو حرر حاملا عتقا اي لو اعتق امة حاملا عتقت هي وحملها لانه تبع لها
اذ هو متصل بها وقال ابو يوسف رحمه الله اذا خرج اكثر الولد فاعتق الام لا يعتق الولد لانه كالمنفصل
في حق الاحكام الا ترى انه تنقضي به العدة ولو مات في هذه الحالة يرث بخلاف ما اذا مات قبل خروج الاكثر
قال وان حرره عتق فقط اي ان اعتق الحمل عتق وحده دون الام لانه لا يمكن اضافة العتق اليها لانها الاعتاق
ولا يمكن جعلها تبعا للحمل لما فيه من قلب الموضوع فلا تعتق والحمل محل للعتق ولهذا يعتق تبعا للام فلان
يعتق اذا افرده اولى وانما لم يصح بيعه ولا هبته لان التسليم في الهبة والقدرة عليه في البيع شرط الجواز
ولا شيء من ذلك بشرط في العتق ولهذا جاز عتق الآبق دون بيعه وهبته ولانه اعتاق على تقدير انفصاله
حيا لان العتق يقبل الاضافة والتعليق فكانه علقه بكونه حيا بخلاف البيع والهبة فافترقا ولو اعتق الحمل
على مال بان شرطه على الام صح العتق ولا يجب المال على الجنين لعدم ولاية الغير عليه ولا على الام لان اشتراط
بدل العتق على غير المعتق لا يجوز ولانه لا يجب للمولى على امته دين وانما قلنا لا يجوز اشتراط بدل العتق

على الاجنبي لانه معاوضة واشتراط العوض على من لم يسلم له المعوض لا يجوز كالثمن والاجارة بخلاف بدل
الخلع والقصاص حيث يجوز اشتراطه على الاجنبي لان القاتل والمراة لا يستفيدان شيئا وانما يسقط عنهما
حق الغير ومع هذا جاز اشتراطه عليهما فكذا على الاجنبي لكونه مثلهما في هذا المعنى اعني في عدم حصول المال
واما العبد فانه يملك نفسه بالاعتاق ويثبت له قوة حكمية لم تكن له قبل فان نفسه كانت مملوكة لمولاه فكان
العتق على مال في معنى المعاوضة وسلم المعوض للعبد فلا يجوز اشتراط العوض على غيره وانما يعرف قيام
الحمل وقت الاعتاق اذا ولدته لاقل من ستة اشهر من ذلك الوقت لتيقننا بوجوده وقت الاعتاق
وان ولدته لاكثر من ستة اشهر من ذلك الوقت لم يعتق لانه لم يتيقن بوجوده في بطنها وقت الاعتاق
الا ان تكون معتدة عن طلاق او وفاة فتلده لاقل من سنتين من وقت الفراق وان كان لاكثر من ستة اشهر
من وقت الاعتاق فحينئذ يعتق لانه كان موجودا احتياطا الا ترى انه يثبت نسبه منه ومن ضرورته
وجوده عنده قال رحمه الله والولد يتبع الام في الملك والحرية والرق والتدبير والاستيلاد
والكتابة لاجماع الامة عليه ولان ماءه يكون مستهلكا بمائها فترجح جانبها ولانه متيقن به من جهتها
ولهذا يثبت نسب ولد الزنا وولد الملاعنة منها حتى ترثه ويرثها ولانه قبل الانفصال هو كعضو من
اعضائها حسا وحكما حتى يتغذى بغذائها وينتقل بانتقالها ويدخل في البيع والعتق وغيرهما من التصرفات
تبعا لها فكان جانبها ارجح وكذلك يعتبر جانب الام في البهائم ايضا حتى اذا تولد بين الوحشي والاهلي
او بين الماكول وغير الماكول يؤكل اذا كانت امه ماكولة ويجوز الاضحية به اذا كانت امه مما يجوز التضحية
بها وحاصله ان الولد يتبع الام فيما ذكرنا والاب في النسب لانه للتعريف والام لا تشتهر او خيرهما في الدين
وقوله يتبعها في الرق والملك والفرق بينهما ان الرق هو الذل الذي ركبه الله تعالى على عباده جزاء استنكافهم
عن طاعته وهو حق الله تعالى وحق العامة عليها اختلفوا فيه والملك هو تمكن الشخص من التصرف فيه
وهو حقه واول ما يوخذ الماسور يوصف بالرق ولا يوصف بالملك الا بعد الاخراج الى دار الاسلام والملك
يوجد في الجماد وفي الحيوان غير الادمي دون الرق وبالبيع يزول ملكه دون الرق وبالعتق يزول ملكه قصدا
لانه حقه ويزول الرق ضمنا ضرورة فراغه عن حقوق العباد وبتبين لك الفرق بينهما في القن وام الولد
والمكاتب فان الرق والملك كاملان في القن ورق ام الولد ناقص حتى لا يجوز عتقها عن الكفارة والملك
فيها كامل والمكاتب رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت
قوله كل مملوك لي حر قال وولد الامة من سيدها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه ولا يعارضه
ماء الامة لان ماءها مملوك له بخلاف امة الغير لان ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة ورجحنا
جانبها بما ذكرنا والزوج قد رضي بذلك لعلمه به بخلاف ولد المغرور لانه لم يرض لو الدبه ولهذا قلنا
علق حرا في حقه فلا يتبعها الولد والله اعلم

باب العبد يعتق بعضه

قال من اعتق بعض عبده لم يعتق كله وسعى فيما بقي وهو كالمكاتب وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يوجب زوال الملك عنده وهو متجزئ وعندهما يوجب زوال الرق
وهو غير متجزئ واما نفس الاعتاق والعتق فلا يتجزى بالاجماع لان ذات القول وهو العلة وحكمه
وهو نزول الحرية فيه لا يتصور فيه التجزي وكذا الرق لا يتجزى بالاجماع لانه ضعف حكمي والحرية

قوة حكمية فلا يتصور اجتماعهما في شخص واحد فاذا ثبت هذا فابو حنيفة اعتبر جانب الرق فجعله كله
رقيقا على ما كان وزال ملكه عن البعض الذي اعتقه ولم يجعل ذلك البعض حرا وهما اعتبرا جانب الحرية فصار
كله حرا لهما على ذلك قوله عليه السلام من اعتق شقصا في عبد عتق كله ليس لله فيه شريك ولان الاعتاق
اثبات العتق في المحل كالاعلام اثبات العلم فلا يتجزى كالطلاق والاستيلاد والعفو عن القصاص ٥
ولابي حنيفة قوله عليه السلام من اعتق شقصا له في عبد كلف عتق بقيته وتحلف العتق في الباقي لا يتصور
الا عند قيام الملك فيه فاذا بقي فيه بقي في المحل ضرورة عدم التجزي ولان الاعتاق ازالة الملك لا ازالة
الرق لان الملك حقه والرق حق الشرع او العامة فلا يدخل تحت ولايته وتصرفه الا ما هو حقه ولا يتعدى
الى ما وراءه الا للضرورة ولا ضرورة هنا لان حقه وهو الملك يقبل الوصف بالتجزي كما اذا ازاله بغيره من
الاسباب من بيع او هبة فيبقى الرق على حاله لعدم ما يزيله لا قصدا ولا ضمنا بخلاف ما اذا اعتق كله حيث
يزول الرق تبعا لزوال الملك لان الرق كان لاجله فاذا فرغ عن حقوق العباد زال الرق ضرورة وكم من شيء
يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا فاذا زال الملك في بعضه لا يزول الرق لبقاء حق العبد فيه فيبقى على ما كان ويجب
السعاية عليه لاحتباس مالية البعض عنده فصار كالمكاتب لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية
في كله وبقاء الملك في البعض يمنعه فعملنا بالدليلين بجعله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية
كبدل الكتابة فله ذلك ان شا وان شا اعتقه لانه قابل له كالمكاتب غير انه لا يفسخ بالعجز بخلاف الكتابة
وليس الطلاق الا التصرف في ملكه بالازالة وكذا في العفو عن القصاص فجاز ان له قصدا ولا
لهما حالة متوسطة فاثبتناه في الحل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجز عنده حتى لو استولد نصيبه
من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد
ولو قال بعضك حر او جزء منك حر يومر بالبيان ولو قال سهم منك حر عتق سدسه وعندهما
يعتق كله في الكل لما ذكرنا قال وان اعتق نصيبه فلشريكه ان يحرر او يستسعي والولاء لهما او يضمن
لو موسرا ويرجع به على العبد والولاء له اي للمعتق وهذا عند ابي حنيفة وقالا ليس له الا الضمان
مع اليسار والسعاية مع الاعسار والولاء للمعتق في الوجهين وهذا مبني على اصلين احدهما ثبوت
الحرية في الكل بعتق البعض وعدم ثبوته وقد بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده
وعندهما يمنعه لقوله عليه السلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة
الاخر قسم والقسمة تنافي الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمنه
كما اذا هبت الريح بثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة
صبغه موسرا كان او معسرا لكن ههنا غير ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير
لا يسار الغنى وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الاخر فاضلا عما يحتاج اليه من ملبوسه
ونفقة عياله وسكناه لان بذلك اعتدال النظر من الجانبين بتحقق ما قصده المعتق من القربة
وايصال بدل حق الساكت اليه ويعتبر حاله يوم الاعتاق حتى لو ايسر بعده او اعسر لا يعتبر
لانه حق وجب بنفس العتق فلا يتغير بعده وان اختلفا فيه يحكم الحال الا ان يكون بين الخصومة
والعتق مدة تختلف فيها الاحوال فيكون القول قول المعتق لانه منكر وان اختلفا في قيمة العبد

يوم العتق فان كان قائما يقوم للحال وان كان هالكا فالقول للمعتق لانه منكر وان اتفقا على ان
الاعتاق سابق على الاختلاف فالقول للمعتق فاما كان العبد او هالكا وان اختلفا في الوقت والقيمة
فادعى الساكت انه اعتقه للحال يحكم بالعتق للحال ويقوم لان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات
وعلى هذا التفصيل لو اختلف العبد والساكت ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق
على العبد بعد ما ضمن لعدم وجوب السعاية في حال اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله حصل
من جهته لعدم التجزي واما التخريج على قوله فخيار العتق لقيام ملكه في الباقي اذ لم يزل الرق عنده
وخيار التضمين لجناية المعتق على نصيبه بالافساد حيث امتنع عليه التصرفات سوى الاعتاق
وتوابعه والاستسعا لاحتباس المالية عند العبد ورجوع المعتق على العبد بما ضمن لقيامه
مقامه الساكت باداء الضمان وقد كان للساكت الاستسعا فكذا للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان
ضمنا فيصير كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعي ان شا والولاء للمعتق
في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه باداء الضمان وفي حال اعسار المعتق الساكت
بالخيار ان شا اعتق لبقاء ملكه وان شا استسعى لاحتباس ملكه عند العبد والولاء له في النصف لوجود
العتق من جهته بهذا القدر ويكون الباقي للآخر فيكون ولاء العبد مشتركا بينهما في الوجهين ولا
يرجع العبد المستسعى على المعتق بما ادى باجماع اصحابنا لانه ادى لفكاك رقبته بخلاف المرهون
اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في دين على الراهن لان رقبته قد فكت وهو غير متبرع فيه
فيرجع به عليه وعند ابن ابي ليلى يرجع به على المعتق لانه هو الملزم له كالمرهون وقد بينا الفرق
بينهما وللساكت ان يدبره او يكاتبه ان شا لان المدبر نوع عتق والمكاتبة استسعا وان كان
الشريك عبدا ماذونا له فان كان عليه دين فله خيار التضمين والاستسعا وان لم يكن عليه دين فالخيار
للمولى فيكون له الخيارات الخمس ان كان موسرا والا فالاربع وان كان الشريك صبيا فان كان له
ولي او وصي فالخيار اليه وان لم يكن له ذلك نصب القاضي له وصيا او ينتظر بلوغه وقال
الشافعي ان كان المعتق موسرا عتق ويضمن لشريكه قيمة نصيبه وان كان معسرا عتق نصيبه
ونصيب شريكه باق على حاله يتصرف فيه شريكه كيف شا من البيع وغيره سوى السعاية لقوله عليه
السلام من اعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق رواه البخاري وقال عليه السلام
من اعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل فاعطى شركاءه حصصهم
وعتق عليه والا فقد عتق منه ما عتق رواه البخاري ومسلم ولانه لا وجه الى تضمين الشريك
لاعساره ولا الى السعاية لعدم جنايته ورضاه ولا الى عتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما
عيناه ولنا قوله عليه السلام من اعتق شقصا له في مملوك فخلاصه عليه في ماله ان كان له مال
والا قوم عليه واستسعي غير مشقوق عليه اي لا يشدد عليه الامر رواه البخاري ومسلم وغيرهما
وقال عليه السلام من اعتق نصيبا له في مملوك فعليه ان يعتقه كله ان كان له مال والا استسعى
العبد غير مشقوق عليه رواه البخاري ومسلم وغيرهما وذكر الطحاوي عن عبد الرحمن عن ابراهيم بن
يزيد قال كان غلام لنا قد شهد القادسية فابلى فيها وكان بيني وبين اخي الاسود وامي فارادوا

عتقه وكنت يومئذ صغيرا فذكر ذلك الاسود لعمر بن الخطاب فقال اعتقوا انتم فاذا بلغ فان رغب فيما
رغبتم اعتق والا ضمنتم فتبين ان له ان يعتق بعد البلوغ مع ايجاب الضمان عليهم ولا يمكن ذلك
الا بتخيير فيتا والسعاية تثبت بما رويناه من الحديث وقال ابن حزم على ثبوت الاستسعا ثلثون صحابيا
ولان الاستسعا لا يفتقر الى الجناية بل ينبني على احتباس المالية على ما بينا فلا يصار الى المحال وهو
الجمع بين الضعف والقوة الحكميتين وليس فيما رواه ما ينافي مذهبنا بل فيه دليل على ما نقول لانه
عليه السلام قال في الحديث الاول فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق وكلمة ثم للتراخي فدل على انه
يعتق بعد ذلك اما بعتقه او بالسعاية وقال في الحديث الثاني فاعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه بالواو
وهي لا تنافي الترتيب ولا التراخي فحملناه عليه توفيقا بين الاحاديث وقوله والا فقد عتق منه ما عتق
لم تصح هذه الرواية عن الثقة انه من قوله عليه السلام حتى قال ايوب ويحيى بن سعيد لا ندري اهو شي
في الحديث او قاله نافع من قبله وهما الراويان لهذا الحديث وقال ابن حزم في المحلى هي مكذوبة **قال**
ولو شهد كل بعتق نصيب صاحبه سعى له اي لو شهد كل واحد من الشريكين بعتق نصيب صاحبه بان
قال كل واحد منهما لشريكه اعتقت نصيبك منه سعى لهما العبد موسرين كانا او معسرين او كان احدهما
موسرا والاخر معسرا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان كل واحد منهما يشهد على صاحبه بالعتق وعلى
نفسه بالمكاتب فلا يقبل قوله على صاحبه ويقبل في حق نفسه فيمتنع به استرقاقه ويستسعيه للتيقن
به لانه ان كان صادقا فهو مكاتبه وان كان كاذبا فهو عبده ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار
عنده لان حق الاستسعا لا يبطل باليسار بل يثبت له الخيار وهنا تعذر التضمين لانكار الاخر فبقي
الخيار بين الاستسعا والاعتاق والتدبير والكتابة على ما تقدم والولا لهما لان كلا منهما يزعم انه
عتق نصيبه من جهته بالسعاية ورد قوله اعتقه شريكي وقوله لا يتغير به ذلك لما عرف ان المكاتب
الساكت رقيق على حاله ولهذا لا يعتق من العبد شي حتى يوفيهما السعاية وقال ابو يوسف ومحمد
ان كانا موسرين لا يجب عليه السعاية لان كلا منهما يتبرا عنه بدعوى الضمان على المعتق في زعمه
لان كلا منهما موسر ويسار المعتق يمنع السعاية ولا يجب له الضمان على صاحبه لعجزه عن اقامة
البينة باعتاقه واقراره غير مقبول عليه وان كانا معسرين سعى لهما لان كلا منهما يدعي عليه السعاية
فيقبل قوله عليه صادقا كان او كاذبا على ما بينا وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا اسعى للموسر
منهما لانه يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي السعاية على العبد ولا يسعى للمعسر لانه
يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبريا للعبد عن السعاية والولا موقوف في جميع ذلك
عندهما لانه للمعتق منهما وكل يحيله على صاحبه ويتبرا منه فيكون موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق
احدهما **قال** ولو علق احدهما عتقه بفعل فلان غدا وعكس الاخر ومضى ولم يدر عتق نصفه
وسعى في نصفه لهما اي لو علق احد الشريكين عتق العبد المشترك بينهما بفعل شخص بان قال احدهما
ان دخل فلان الدار غدا فهو حر وعكس الاخر بان قال ان لم يدخل فلان ذلك تلك الدار بعينها غدا
فهو حر ومضى الغد ولم يدر ادخل ام لا عتق نصفه للتيقن بحنث احدهما وسعى لهما في نصف
قيمته وهذا عند ابي حنيفة وكذا عند ابي يوسف ان كانا معسرين وقال محمد يسعى في جميع قيمته

ان كانا معسرين على ما يأتيك بيانه على الامام محمد رحمه الله ان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول فلا
يمكن القضاء به مع الجهالة فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى عليه بشي للجهالة
فكذا هذا ولان كل واحد منهما يدعي حنث صاحبه وسقوطه عن نفسه فيكون شاهدا على صاحبه بالعتق
ضرورة فيسعى العبد لهما كالمسئلة الاولى ولهما انا تيقنا حنث احدهما وسقوط نصف السعاية عن العبد
فلا يجوز القضاء به مع التيقن بخلافه كمن طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول ثم مات قبل البيان او
طلق واحدة منهن معينة فنسيها ثم مات قبل التذكر سقط نصف المهر المتيقن به وان كان المقضي عليها
منهن مجهولة بخلاف المسئلة الاولى لانا لم نتيقن بصدق احدهما فاحتمل ان يكونا كاذبين فلا يسقط
ما كان ثابتا بيقين بصدق الخبر فيهما او صدق احدهما والجهالة ترتفع بالتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه
بغير عينه او بعينه ونسيه ثم مات قبل البيان او التذكر وكما اذا طلق احدى نسائه على ما ذكرنا
ولا يقال فيه ابطال حق احدهما بيقين وهو غير المعتق منهما بالتنقيص لانا نقول هو اهون من ابطال
حق العبد بالاسقاط مع العلم به ثم عند ابي حنيفة يجب السعاية لهما في نصف قيمته لكل واحد منهما
الربع سوا كانا موسرين او معسرين او احدهما معسرا والاخر موسرا لما بينا وعند محمد ان كانا
معسرين سعى لهما في جميع قيمته لكل واحد في النصف وان كانا موسرين لا يسعى لهما وان كان احدهما
موسرا والاخر معسرا اسعى للموسر ولم يسع للمعسر وابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد في اعتبار
اليسار والاعسار وقد بينا مذهبهم فيما تقدم **قال** ولو حلف كل واحد بعتق عبده لم يعتق
واحد يعني لو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما والمسئلة بحالها لم يعتق واحد منهما لان
الجهالة في المقضي له والمقضي عليه تفاحشت فامتنع القضا وفي العبد الواحد المقضي له بالحرية
وبسقوط نصف السعاية عنه وهو العبد والمقضي به وهو الحرية وسقوط نصف السعاية معلوم
والمجهول واحد وهو الحانث منهما فغلب المجهول وفي هذه بالعكس لان المجهول هو الغالب فيهما فامتنع
القضا لذلك فان قيل يشكل هذا بما اذا كان بين رجلين عبد وامة فقال احدهما ان دخل فلان الدار
اليوم فالعبد حر وقال الاخر ان لم يدخل فالامة حرة ولم يعرف ادخل ام لا يعتق كل واحد منهما مع ان
المقضي له بالعتق والمقضي عليه مجهول قلنا كل واحد منهما اقر بفساد نصيبه في هذه المسئلة لان
كل واحد منهما يزعم ان شريكه هو الحانث لان الحالف بعتق العبد يقول انا ما حنثت وانما حنث
صاحبي في الامة فعتق عليه نصيبه منها وفسد نصيبي بعتق نصيبه والاخر يقول كذلك في العبد
فيفسد نصيبه بزعمه وان لم يقبل اقراره في حق صاحبه بخلاف مسئلة الكتاب فان كل واحد منهما
يزعم ان الاخر هو الحانث في عبده وليس له فيه نصيب حتى يكون مقرا بفساد نصيبه حتى لو
تقايضا عتق عليهما لاقرار كل واحد منهما بحرية عبد الاخر وعلى كل واحد منهما قيمة ما اشترى لان
كل واحد منهما يزعم انه اشترى حرا بعبد فيفسد البيع باقرارهما وكان القياس ان لا يقع البيع بينهما
بل يبقى عبد كل واحد منهما على ملكه لاقرارهما بذلك ولكن لا يصدقان في حق العبدين لان هذا البيع
يوصلهما الى العتق لاقرارهما بحريتهما ثم اذا لزم كل واحد منهما اقراره في تلك المسئلة في العبد
والامة يسعى كل واحد منهما في جميع قيمته عند ابي حنيفة فيكون بينهما نصفان وكذا عندهما ان

كانا معسرين وان كانا موسرين سعى كل واحد منهما للحالف بعتقه لانه منكر العتق فيه اصلا وانما
يعتق من جهة صاحبه بدعوى حنثه ولم يسع للاخر وهو غير الحالف فيه لانه يدعي الضمان على صاحبه
فيكون مبرئا للعبد هكذا ذكر في المحيط وفي الايضاح ان كل واحد منهما يسعى في ثلثة ارباع قيمته
عند ابي يوسف لان النصف حر بيقين ولو اشترى العبدين في مسئلة الحنث رجل واحد جاز وان كان
عالما بحنث احد البايعين لان كل واحد منهما يزعم انه باع عبدا وزعم المشتري قبل دخوله في ملكه غير
معتبر كما لو اقر بحرية عبد ومولاه منكر ثم اشتراه واذا صح الشرا واجتمعا في ملكه عتق عليه احدهما لان
زعمه معتبر في حق نفسه في هذه الحالة وهو مر بالبيان لان المقضي عليه معلوم فصار كما اذا اقر باعتاق
البايع ثم ملكه ولو قال لعبده حر ان لم تدخل اليوم الدار ثم قال لامرأته طالق ان كان
دخل اليوم عتق وطلقت لان باليمين الاولى صار مقرا بوجود شرط الطلاق وباليمين الثانية صار
مقرا بوجود شرط العتق وقيل لم يعتق ولم تطلق لان احدهما معلق بعدم الدخول والاخر بوجوده
وكل واحد من الشرطين داير بين الوجود والعدم فلا ينزل الجزاء بالشك كذا في النهاية وينبغي ان يفرق
بين المعلق بالشرط الكائن وبغير الكائن فيقع في المعلق بالكائن لا بغير الكائن لان الاقرار يتصور في الكائن
دون غيره وعن ابي يوسف يعتق ولا تطلق لان باليمين الثانية صار مقرا بنزول العتق ولم يوجد
بعد الثانية ما يوجب اقراره بوقوع الطلاق قال ومن ملك ابنه مع اخر عتق حظه ولم يضمن
ولشريكه ان يعتق او يستسعي وانما عتق نصيب الاب لما تلونا وتبينا من المعنى وانما لم يضمن الاب
نصيب شريكه لانعدام التعدي فيه منه ويثبت الخيارات المتقدم ذكرها لما بينا هناك وقوله
ومن ملك ابنه مع اخر يتناول ما اذا ملكه بالشرا او بالهبة او بالصدقة او بالوصية او بالامهار او
بالارث ولا فرق في ذلك بين ان يعلم الاخر انه ابن شريكه او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يضمن الاب في غير الارث ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى العبد في نصيبه وعلى هذا الخلاف لو
حلف احدهما بعتق عبد ان ملك نصفه فملكاه بهذه الاسباب لهما انه افسد نصيبه بالاعتاق لان
مباشرة هذه الاسباب اعتاق له ولهذا يجزيه عن الكفارة فصار كقوله اعتقت نصيبي بخلاف ما اذا
ورثاه لانه جبري لا اختيار له فيه وله ان الشريك رضي بافساد نصيبه بشركته شاركه في علة
العتق وهو مباشرة اسبابه لان مباشرتها اعتاق على ما تقدم وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما
حتى يختلف باليسار والاعسار خلافا لما روي عن ابي يوسف انه ضمان تملك كالاستيلاد وليس
بشيء وضمان الافساد يسقط بالرضا كضمان الاتلاف بل اولى لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار
والاعسار فكان اقوى فاذا سقط الاقوى به فالاضعف اولى ان يسقط ودلالة الرضا مساعدته
على القبول وهذا في الشرا ظاهر لانه لا يصح الا بقبولهما فقد شاركه في العلة فصار كانه هو الذي
اعتقه واما في الهبة وامثالها فلانه ان لم يكن قبول احدهما شرطا لصحة قبول الاخر لكنه اذا وجد
القبول منهما صار قبولهما بمنزلة شيء واحد فصار المجموع علة واحدة كما قلنا في القراءة في الصلاة
فان الفرض فيها قدر ما يجوز به الصلاة وهو اية ثم اذا قرا اكثر من ذلك صار الكل فرضا فاذا صار
المجموع علة وقد باشرها فلا يضمن بخلاف ما اذا قال احد الشريكين للاخر ان ضربته فهو حر

فضربه يعتق نصيب الحالف حيث يرجع الضارب عليه لان علة العتق هناك قوله فهو حر ولم يشاركه
فيه الضارب وانما وجد منه الشرط وهو لا تاثير له في الحكم فلا يسقط به التضمين فان قيل يشكل على
هذا ما لو قال المريض لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت فانها لا ترث فجعلت راضية بما
الشرط قلنا حكم الفرار يثبت بشبهة العدوان ولهذا يثبت بتعليقه بفعله او بفعلها الذي لا بد لها
منه في صحته فكذا يسقط بشبهة الرضا وجد ذلك بمباشرة الشرط واما هذا الضمان فلا يجب الا
بحقيقة العدوان وهو الاتلاف والافساد فكذا لا يبطل الا بالرضا صريحا او بمباشرة العلة دون
الشرط ولا فرق في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة بين ان يعلم الشريك عالما بانه ابن شريكه او لم يكن لان
سبب الرضا يتحقق من غير علم والحكم يدار على سببه لا على حقيقته لانه مبطن لا يمكن الوقوف عليه
فصار بمنزلة شخص يقول لغيره كل هذا الطعام وهو طعام الامر والامر لا يعلم انه طعامه فان الماكل
لا يضمن للامر شيئا لانه اتلفه باذنه حتى لو قال المغصوب منه ذلك للغاصب وهو لا يعلم سقط الضمان
عنه وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الشريك اذا لم يعلم انه ابنه له ان يضمن الاب قال وان
اشترى نصف ابنه ممن يملك كله لا يضمن لبائعه لان البائع شاركه في العلة وهو البيع وهذا لان
علة دخول المبيع في ملك المشتري الايجاب والقبول وقد شاركه فيه وهذا عند ابي حنيفة وقالا
ان كان الاب موسرا يجب عليه الضمان وقد بينا وجهه ولو اشتراه ابوه من اجنبي لشريكين وهو موسر
لزمه الضمان بالاجماع اما عندهما فظاهر واما عنده فلان الشريك الذي لم يبع لم يشاركه في
العلة فلا يبطل حقه بفعل غيره ولو كان مكان الابن جارية مستولدة بالنكاح فملكها الزوج مع
غيره يجب عليه ضمان النصف لشريكه كيف ما كان وان كان ملكها بارث والفرق ان ضمان ام الولد
ضمان تملك وذلك لا يختلف بين ان يكون بصنعه او بغير صنعه ولهذا لا يختلف بين اليسار والاعسار
قال عبد لموسرين دبره واحد وحرره اخر ضمن الساكت المدبر والمدبر المعتق ثلثه
مدبرا لا ما ضمن اي لو كان عبد بين ثلثة نفر موسرين دبره احدهم ثم اعتقه اخر فللساكت ان يضمن
المدبر وليس له ان يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا وليس له ان يضمنه الثلث
الذي ضمنه للساكت وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا العبد كله صار مدبرا للذي دبره
اول مرة واعتاق المعتق باطل ويضمن لشريكه ثلثي قيمته مدبرا كان او معسرا واصله ان التدبير
يتجزى عنده كالعتق يتجزى عنده بمعنى انه ازالة الملك على ما بينا وعندهما لا يتجزى لانه موجبه
حق الحرية فيكون معتبرا بحقيقة الحرية ولما كان التدبير يتجزى عنده اقتصر على نصيب المدبر
وفسد نصيب الاخرين حيث امتنع عليه البيع والهبة فيكون لكل واحد منهما الخيار ان شاء
دبر نصيبه وان شاء اعتقه وان شاء كاتبه وان شاء ضمن المدبر قيمة نصيبه قنا وان شاء استسعى
العبد في نصيبه وان شاء تركه على حاله لان نصيب كل واحد منهما باق على ملكه فاسد بافساد شريكه
حيث سد عليه طريق الانتفاع بالبيع ونحوه فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وبطل اختيار
غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون
الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل في المضمونات عندنا حتى جعلنا الغصب ضمان معاوضة

حتى صححنا اقرار العبد المأذون به كاقراره بالبيع وغيره من المعاوضات وكذا الغاصب اذا ابق العبد
المغصوب عنده وضمنه ثم عاد جاز له ان يبيعه مرابحة على ما ضمن من القيمة ولا يلزم من ذلك ان
يبطل القضاء بالقيمة فيما اذا غصب ابريق ذهب فقضي عليه بالقيمة من الدراهم بعد ما انكسر الابريق
ثم افترقا قبل قبض القيمة لانا نقول الغصب ليس بموضوع لاثبات الملك وانما يثبت الملك ضرورة ان
لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل فلا يظهر كونه معاوضة فيما عدا ذلك لان الثابت بالضرورة
يتقدر بقدرها فاذا كان الاصل ضمان معاوضة وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك
الى ملك وقت التدبير لكونه قنا عند ذلك ولا يمكن ذلك في الاعتاق لاجل التدبير لانه لا يقبل النقل من
ملك الى ملك فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا
والضمان يتقدر بقدر المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه من جهة
الساكت لان ملكه فيه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين وان ظهر في
حق الاستسعاء لقيامه مقام الساكت في حقه ولان الساكت بنفسه لا يملك تضمين المعتق لما ذكرنا فكذا
من قام مقامه ولو ضمن الساكت المدبر قبل ان يعتقه الاخر ثم اعتقه كان للمدبر ان يضمن المعتق ثلثي
قيمته لان الاعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت والولاء بين المدبر والمعتق اثلاثا ثلثاه
للمدبر وثلثه للمعتق لان العبد عتق عليهما على هذا المقدار لان المدبر كان له ثلث العبد نصيبه وحصل له
الثلث بالضمان من جهة الساكت فتم له الثلثان وللمعتق الثلث الذي كان ملكه لا غير ولا يقال اذا كان
المدبر يملك نصيب الساكت بالضمان وجب ان يملك المعتق نصيب المدبر بالضمان فوجب ان يكون
له الثلثان من الولاء وللمدبر الثلث لانا نقول ضمان المعتق نصيب المدبر ضمان جناية لا ضمان معاوضة
لان المدبر لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كسائر الاسباب فكذا بالضمان فلم يملكه بخلاف نصيب الساكت
حيث يملكه المدبر بالضمان لان الملك فيه يستند الى وقت التعدي وهو وقت التدبير ونصيب
الساكت في ذلك الوقت يقبل الانتقال من ملك الى ملك فافترقا واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما
صار كله مدبرا للذي دبره وصار متملكا نصيب شريكه بالقيمة ولا يصح اعتاق الاخر لخروجه عن ملكه
ولا يختلف هذا الضمان باليسار والاعسار لانه ضمان تملك بخلاف ضمان الاعتاق حيث يختلف
بهما لانه ضمان افساد وكذا ضمان التدبير عند ابي حنيفة يختلف بهما لما ذكرنا فان قيل المضارب
بالنصف اذا اشترى براس المال وهو الف عبدين وقيمة كل واحد منهما الف فاعتقهما رب المال
عتقا وضمن نصيب المضارب موسرا كان او معسرا وهو ضمان اعتاق ومع هذا لا يختلف بهما قلنا
هذا ضمان اعتاق هو افساد لا ضمان سراية الفساد لانهما حين عتقهما افسد كل منهما بالاعتاق لكون
كل واحد مشغولا براس المال ولا يظهر نصيب المضارب في واحد منهما بعينه ولهذا كانا ذوي رحم محرم
منه لم يعتقا والاختلاف بين اليسار والاعسار في التضمين ورد على خلاف القياس في سراية الفساد فلا
يلحق به الافساد ولا التملك ولا الاتلاف بغير العتق لانه ليس في معناه **قال** ولو قال لشريكه هي ام
ولدك وانكر تخدمه يوما وتتوقف يوما اي لو كانت جارية بين اثنين فزعم احدهما انها ام ولد
صاحبه وانكر الاخر ذلك فهي موقوفة يوما وتخدم المنكر يوما ولا سعاية عليها للمنكر ولا سبيل عليها

للمقر وهذا عند ابي حنيفة وقالا ليس للمنكر ان يستخدمها وله ان يستسعيها في نصف قيمتها ثم تكون
حرة ولا سبيل عليها وذكر في الاصل رجوع ابي يوسف الى قول ابي حنيفة لهما انه لما لم يصدقه صاحبه
انقلب اقراره عليه فصار كانه استولدها المنكر او اقر بالاستيلاد على نفسه كالمشتري اذا ادعى ان
البائع كان اعتق العبد المبيع قبل البيع والبائع منكر يجعل كانه اعتقه المشتري حتى يحال بينهما ولا يسقط
الثمن لانه لا يصدق في حق البائع ولا سعاية عليها للمقر لانه يدعي الضمان على شريكه بدعوى التملك
عليه دون السعاية وكذا ليس له ان يستخدمها لانه تبرا منه بدعوى ايصالها الى شريكه وليس للمنكر
ان يستخدمها لانه لما انكر نفذ على المقر فصار كان المقر استولدها او اقر انه استولدها وهو
في ذلك لا يستخدمها فكذا هذا ولهذا لو شهد احد الشريكين على شريكه بعتق العبد المشترك
وانكر الاخر ليس له ان يستخدمه فاذا بطل الاستخدام وصارت ما لبثها محبوسة عندها على
وجه لا يمكن تضمين الغير وجب عليها السعاية لانها هي التي تنتفع بذلك ثم تخرج الى الحرية وانما
قلنا لا يمكن تضمين الغير لان المقر ينكر الاستيلاد من جهته فصارت كام ولد النصراني اذا
اسلمت فانها تسعى في قيمتها وتخرج الى الحرية لتعذر الاستخدام والاستدامة على ملكه ثم اذا ادت
نصف قيمتها الى المنكر عتق كلها لان العتق لا يتجزى عندهما ولابي حنيفة رحمه الله ان المقر
لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو
النصف ولا خدمة للمقر ولا استسعاء عليها لانه تبرا عن ذلك بدعوى الاستيلاد من شريكه
وبدعوى الضمان عليه ولا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد لان الاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار
بالنسب وذلك لا يرتد بالرد وكذا هذا فيكون اقراره باقيا على حاله ولا سعاية عليها للمنكر ايضا
لان استدامة ملكه ممكن بان تخدمه يوما ولا يصار الى السعاية الا عند تعذر الاستدامة بخلاف
ام ولد النصراني اذا اسلمت لانه لا يمكن استدامة الملك فيها فتعينت السعاية وبخلاف ما اذا
شهد احد الشريكين على صاحبه بعتق المشترك لانه لم ينتفع المنكر بشيء من الخدمة فلم يمكن
استدامته على ملكه فوجبت السعاية عليه للتعذر ولو مات المنكر عتقت لاقرار المقر انها
كانت ام ولده ثم تسعى في نصف قيمتها لورثة المنكر ولو جنت او جني عليها كان النصف موقوفا
عند ابي حنيفة والنصف على الجاحد وعند محمد يلزمها الاقل من قيمتها ومن ارش الجناية كالمكاتبة
وقال ابو يوسف النصف على المنكر وادت النصف لانه في مال سيدها وكسبها ماله **قال**
وما لام الولد تقوم اي ليس لها قيمة وقالا لها قيمة لانها مملوكة محرزة منتفع بها وطئا
واجارة واستخداما فيكون متقومة كالمدبر ولهذا لو قال كل مملوك لي حر تدخل ام الولد
فيه واستباحة الوطء دليل الملك لانه لا يحل الا بالنكاح او بملك اليمين والاول منتف فتعين
الثاني وبقاء الملك دليل بقاء المالية والتقوم لان المملوكية في الادمي ليست غير المالية والتقوم
وحق الحرية لا ينافي التقوم كالمدبر ولهذا اذا اسلمت ام ولد النصراني تسعى وهي اية التقوم
ولابي حنيفة قوله عليه السلام اعتقها ولدها رواه ابن ماجة والدارقطني وقضيته الحرية
وزوال التقوم لكنه تقاعد عن افادة الحرية لمعارض وهو قوله عليه السلام ايما امراة ولدت

من سيدها فهي معتقة عن دبر منه او قال من بعده رواه احمد ولا معارض له في زوال التقوم فيثبت ولان التقوم لا يثبت الا بالاحراز على قصد التمول ولم يوجد فلا تتقوم وهذا لان الادمي ليس بمال في الاصل لانه خلق لتملك لا ليصير مالا مملوكا ولكن متى احرز على قصد التمول صار مالا متقوما وثبت به ملك المتعة تبعا فاذا احصنها واستولدها ظهر ان احرازها كان لملك المتعة وللنسب لا للمال فكانت محرزة احراز المنكوحات فلا تتقوم وملك المتعة ينفصل عن التقوم كالمنكوحة ولهذا لم تبع في دين المولى ولان سبب الحرية فيها قد تحقق في الحال لان اضافة الولد على الكمال ابه اتحاد النفسين فصارت كنفسه ولهذا اشار عمر بقوله وكيف تبيعوهن وقد اختلط لحومهن بلحومكم ودماوهن بدمائكم الا انه لم يظهر عمل هذا السبب في الحال في افادة حقيقة العتق ضرورة الحاجة الى الانتفاع بها اذ قصد استفراشها الى الحاجة فيظهر في حق سقوط التقوم فاذا مات استغنى عنها فظهرت حقيقة الحرية وقبله الحاجة باقية فلم يظهر بخلاف المدبر لان الاصل فيه ان ينعقد السبب بعد الموت اذ التعليقات ليست باسباب في الحال وانما تصير اسبابا عند الشرط وانما قضينا بانعقاد السبب في الحال ضرورة على ما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى فظهر اثر الانعقاد في حرمة البيع خاصة والنصراني يعتقد تقومها وقد امرنا بتركه وما يدين كبيع الخمر والخنزير ولا ناحكمنا بتكاتبها عليه دفعا للضرر عنهما ووجوب بدل الكتابة لا يحتاج فيه الى التقوم قال فلا يضمن احد الشريكين باعتاقها يعني اذا كانت ام ولد بين شريكين فاعتقها احدهما عتقت ولا يضمن المعتق للساكت شيا وهذا عند ابي حنيفة وقالا يضمن ان كان موسرا وهذا مبني على انها متقومة ام لا وقد بينا المذهبين ويبنى على هذا الاصل عدة مسائل منها اذا غصبها غاصب فهلكت عنده لا يضمن عنده وعندهما يضمن ومنها اذا مات احدهما يعتق ولا يسعى للحي في شي عنده وعندهما يسعى في نصف قيمتها له ومنها اذا جاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه وصارت كلها له ولم يضمن لشريكه شيئا ومنها اذا باع جارية فجاءت بولد عند المشتري لاقل من ستة اشهر فمات الجارية وادعى البائع ان الولد ابنه ثبت نسبه منه وياخذ الولد ويرد الثمن كله عنده وعندهما يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وذكر في الكافي والنهاية ان ام الولد اذا جاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه وعتق ولم يضمن لشريكه قيمة الولد عنده لان ولد ام الولد كامه فلا يكون متقوما عنده وعندهما يضمن ان كان موسرا ويسعى له الولد ان كان معسرا وفيه نظر فان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق ولم يتعلق بشي منه على ملك الشريك وهكذا ذكره صاحب الهداية في باب الاستيلاد في الغنية فضلا ان يكون ام ولد قبله حتى قال لا يغرم قيمة ولدها وكذا ذكر غيره ولم يذكروا فيه خلافا فكيف يتصور ان يكون سقوط الضمان لاجل انه كامه عنده وعندهما يضمن وهو حر الاصل ولو كان تمكان الدعوى اعتاق كان مستقيما وذكر محمد رحمه الله في الزيادات ان ام الولد تضمن بالغصب عند ابي حنيفة على نحو ما يضمن به الصبي الحر حتى لو ماتت حتف انفها لم يضمن ولو قربها الى مسبعة فافترسها السبع يضمن لان هذا ضمان جناية لا ضمان غصب ولهذا يضمن الصبي الحر بمثله قال له اعبد فقال لا ثنين احدكما حر فخرج واحد ودخل اخر وكرر ومات

بلا بيان عتق ثلثة ارباع الثابت ونصف كل من الاخرين اي رجل له ثلثة اعبد فدخل عليه اثنان فقال احدكما حر فخرج احدهما ودخل اخر فقال احدكما حر فمات المولى قبل ان يبين عتق من الذي اعيد عليه القول وهو الذي يسمى ثابتا ثلثة ارباعه ونصف كل واحد من الاخرين وهو الخارج والداخل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هو كذلك الا في الداخل فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول اوجب عتق رقبة وهو دائر بين الثابت والخارج فليس احدهما اولى به من الاخر فيتنصف بينهما والايجاب الثاني كذلك وهو دائر بين الثابت والداخل فلا يتنصف بينهما نصفين غير ان الثابت استفاد بالايجاب الاول نصفا فلما اصابه بالايجاب الثاني وهو النصف شايعا في نصفيه فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ ثبت فحصل له الربع فتم له ثلثة الارباع ولانه لو اريد بالثاني هو يعتق نصفه وان اريد الداخل فلا يعتق فيتنصف فحصل له الربع بالثاني وبالاول النصف واما الداخل فمحمد يقول ان الايجاب الثاني دائر بين الصحة وعدمها لانه لو اريد بالايجاب الاول الخارج صح الايجاب الثاني لكونه دائرا بين العبدين فاوجب عتق رقبة وان اريد به الثابت بطل الايجاب الثاني لكونه دائرا بين الحر والعبد فلا دائر بين ان يوجب وان لا يوجب فيتنصف فيعتق نصف رقبة بينهما نصفان فيصيب كل واحد منهما الربع فصار كما لو كان تحته ثلث نسوة ولم يدخل بهن فقال لثنتين منهن احداكما طالق فخرجت واحدة منهما ودخلت اخرى فقال احداكما طالق ثم مات قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه والثمن في الطلاق كالربع في العتاق لان كل الساقط فيه النصف كما ان كل الواجب هناك الرقبة ولهما ان الكلام الثاني صحيح في حق الداخل من كل وجه لان الكلام الاول تناول المبهم منهما فصار بمنزلة المعلق بالبيان في حق غيرهما ولهذا لو جني عليهما بان قطع واحد ايديهما وجب عليه ارش العبيد واذا صح الكلام الثاني في حق الداخل كان الكلام الثاني في حقه بمنزلة الاول في حق الخارج فيعتق نصفه وانما يعتق من الثابت ربعه بالكلام الثاني لان الكلام الاول يتخير في حقه حتى يثبت له المطالبة بالبيان ويتعين للعتق اذا زالت المزاحمة بالموت او بالاخراج عن الملك ويشيع العتق فيهما اذا مات المولى قبل البيان لان قوله احدكما حر حر من وجه دون وجه فاعتبر العتق واقعا في حقهما ولم يعتبر تعلقا فاذا كان كذلك فان اريد بالاول الخارج صح الكلام الثاني وان اريد به الثابت لم يصح فتردد الكلام الثاني بين الصحة وعدمه في حقه فيتنصف فيعتق ربعه وانما مسئلة الطلاق فقيل هو قول محمد واما على قولهما فلها ثلثة ارباع مهرها ويسقط الربع ولئن كان قول الكل فالفرق لهما ان الكلام الاول انما يعتبر تعلقا في حق الداخل في حق حكم يقبل التعليق واما في حق حكم لا يحتمل التعليق يكون تنجيزا في حقه ايضا فالبراءة من المهر لا يقبل التعليق فيكون تنجيزا بالنسبة اليه فيثبت التردد في الكلام الثاني بين الصحة وعدمه في حقه فيتنصف بخلاف العتق فانه يقبل التعليق فلا يكون الكلام الثاني مترددا في حقه فيثبت كله او نقول هو معتق البعض ومعتق البعض عند ابي حنيفة مكاتب فلا يمنع صحة الكلام الثاني ووافقه ابو يوسف فيه هنا لكونه غير معين ولهذا يسعى عندهما ايضا بخلاف الطلاق لانه يقع بحرمته فيتردد الكلام الثاني بين الصحة وعدمه فيصح اذا اراد بالاول الخارجة والا فيبرا عن نصف

النصف

فيوزع عليهما **قال** ولو في المرض قسم الثلث على هذا يعني لو كان هذا القول منه في المرض قسم الثلث
على قدر ما يصيبهم من سهام العتق لان العتق في المرض وصية ولا مزيد لها على الثلث فيرد الى الثلث
فيقسم بينهم على قدر سهامهم وشرح ذلك ان ننظر الى مخرج اقل جزء من سهامهم وهو الربع وذلك
ان يجعل للثابت ثلثة اجزائها ولكل واحد من الاخرين جزءان فبلغ سهام العتق سبعة فيقسم الثلث عليها
فيسقط عن كل واحد سهم من السعاية بقدر ما اصاب سهمه مثاله لو كان كل واحد منهم قيمته سبع
مائة درهم ولم يترك مالا غيرهم كان جميع ماله الفين ومائة وثلثه سبع مائة فاذا قسمت الثلث على سبعة
اصاب كل واحد مائة فمن كان له سهمان سقط عنه ما اصابهما وهو مائتان وهو الداخل والخارج
ومن كان له ثلثة اسهم سقط عنه ثلثمائة بقدر ما اصاب سهامه ويسعى كل واحد منهم فيما بقي من قيمته
فيسعى الخارج في خمسمائة والثابت يسعى في اربعمائة وعند محمد يجعل الثلث اسداسا لاجل ان الداخل
لا يستحق سوى الربع عنده فنقص سهمه لذلك والباقي العمل ما ذكرناه هذا اذا مات قبل البيان وان
كان المولى بالحياة اجبر على البيان فحاصله ان هذه المسئلة على ثلثة اوجه احدها ان يموت المولى
والثاني ان يموت العبيد والثالث ان يكونوا بالحياة فالاول قد ذكرنا حكمه والثاني نذكره فيما بعد
والثالث حكمه ان يجبر المولى على البيان ما دام حيا لانه هو المبهم فان بدأ ببيان الكلام الاول
فقال عنيت به الخارج عتق وصح الكلام الثاني لانه يتردد بين العبدين فيؤمر ببيانه وان قال
عنيت به الثابت عتق وبطل الايجاب الثاني لانه دائر بين حر وعبد فيكون مخبرا صادقا في قوله احدكما
حر فان قيل العتق المبهم يتعلق بشرط البيان ولهذا كان للبيان حكم الانشاء حتى كان له استخدامهما
قبله واعتبرت العدة من ذلك الوقت لو كان الابهام في الطلاق فلا يكون دائرا بين الحر والعبد
قلنا العتق المبهم وان كان معلقا بشرط البيان انشاء من وجه اظهار من وجه لان قوله احدكما لا
يتناول المعين وبعد البيان يصير واقعا في المعين فكان البيان انشاء من هذا الوجه ومن حيث انه
يجبر على البيان اذا خاصمه العبد كان اظهارا لانه لا يجبر على الانشاء فبالنظر الى كونه انشاء صح
الكلام الثاني وعتق به الداخل وبالنظر الى كونه اظهارا لا يصح الايجاب الثاني فلا يعتق والعتق
في الداخل غير ثابت فلا يثبت بالشك وان بدأ ببيان الكلام الثاني فان قال عنيت به الداخل عتق
ويؤمر ببيان الكلام الاول ويعتق من بيّنه فيه فان قيل ينبغي ان لا يعتق الداخل لاحتمال ان يبين
الكلام الاول في الثابت فيكون الكلام الثاني دائرا بين الحر والعبد فيكون باطلا قلنا الكلام الاول
مبهم اذ لم يصادف المعين منهما فكان كالمعلق بالبيان على ما بينا ولم يتصل بالمحل فكان الكلام الثاني
صحيحا لكونه دائرا بين العبدين فاذا صح الكلام الثاني صح بيانه في احدهما ايضا لكونه رقيقا وقت
البيان وان تبين الاول بعد ذلك في الثابت بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا بدأ ببيان الكلام
الاول فبينه في الثابت حيث يبطل الكلام الثاني لانه دائر الساعة بين الحر والعبد والكلام الاول
منجز من وجه على ما بينا فترجح جانبه لقيام الحرية في الحال وفي الاولى ترجح جانب التعليق لكونه
رقيقا وقت البيان وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق به وعتق الخارج بالكلام الاول
وهذا ظاهر **قال** والبيع والموت والتحرير والتدبير بيان في العتق المبهم اي اذا اعتق احد عبديه

غير عين ثم باع احدهما او مات او اعتقه او دبره تعين الاخر للعتق وصار بيانا لان هذا الكلام اوجب
عتقا منزددا بينهما عند قيام المحلية فكان فيه سوافا فاذا فاتت المحلية تعين الاخر للعتق من غير تعيين
لزوال المزاحم اما في الموت فظاهر وكذا في البيع والهبة لانه لم يبق محلا للاعتاق من جهته وكذا في
الاعتاق لان المعين لم يعتق وكذا في التدبير لانه صار حرا من وجه فلم يبق محلا للاعتاق من كل
وجه وهو الواجب به فلم يبق محلا له ولا يقال يرد على هذا ما اذا قال لغلامين احدهما ابني او قال
لجاريتين له احداهما ام ولدي فمات احدهما لا يتعين الثاني للعتق ولا للاستيلاد لانا نقول انه اخبار
عن امر كائن والاخبار يصح في الحي والميت بخلاف البيان لانه في حكم الانشاء فلا يصح الا في المحل
وهو الحي فان قيل لو اشترى احد العبدين وسمى لكل واحد منهما ثمنا وشرط الخيار لنفسه ثم مات
احدهما تعين البيع في الهالك وههنا تعين العتق في الحي قلنا قال علي ... لا فرق بينهما فان الهالك
يهلك على ملكه في الفصلين لان الهالك في البيع داخل في ملكه حين اشرف على الهلاك لتعذر رده كما
قبض والكتابة وتعليق عتق احدهما بالشرط كالتدبير والرهن والايصاء والاجارة والتزويج
والعرض على البيع كالبيع لان هذه التصرفات لا تصح الا في الملك فصار اقدامه عليها بيانا منه
انه مملوك له ومن ضرورته تعين الاخر للعتق ولا يقال الاجارة لا تختص بالملك لجواز اجارة
الحر لانا نقول الاستبدال باجارة الاعيان على وجه يستحق الاجر لا يكون الا بالملك فيكون تعيينا
دلالة وهكذا نقول في الانكاح وقال في الكافي ذكر التسليم في الهبة والصدقة في الهداية وقع
يعني لا يحتاج اليه لان الاقدام عليه دليل على ابقائه لان هذا تصرف لا يصح الا في الملك فلا يتوقف
دلالته على القبض ولهذا استوى في البيع بين المطلق وبين ما فيه الخيار لاحدهما وبين الصحيح والفاسد
ولم يشترط القبض في الفاسد منه وان كان لا يفيد الحكم الا به وروى عن ابي يوسف ان العرض على البيع
كالبيع والمعنى ما ذكرنا ثم لا فرق في هذا بين ان يكون العتق المبهم مطلقا او معلقا حتى يكون هذه
التصرفات بيانا فيهما حتى اذا قال لعبديه اذا جاء غد فاحدكما حر فتصرف في احدهما شيئا من هذه
التصرفات ثم جاء الغد عتق الاخر لما بينا وكذا اذا استولد احداهما تعينت الاخرى للحرية
لما ذكرنا في التدبير **قال** رحمه الله الا الوطي اي لا يكون وطي احدى الامتين في العتق المبهم
بيانا حتى لا تعتق الاخرى وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا تعتق لان الوطي لا يحل الا في
الملك فصار الاقدام عليه دليل الاستبقاء فصار كما لو علقت منه وكما اذا وطي احدى المرأتين في الطلاق
المبهم وله ان الملك ثابت فيهما ولهذا كان له ان يستخدمهما وكان له الارش اذا جني عليهما والمهر اذا
وطئتا بشبهة وهذا لان العتق المبهم معلق بالبيان والمعلق بالشرط لا ينزل قبله فصار كما لو
قال ان دخلت الدار فانت حرة او احداكما حرة يحل وطئهما او وطي احداهما قبل دخول الدار وهذا
لان وطي الامة لقضاء الشهوة لا لطلب الولد فلا يراد به الاستبقاء فصار كالاستخدام بخلاف
ما اذا باع احدى امتيه على انه بالخيار ثم وطي احداهما او اشترى كذلك ثم وطي احداهما حيث
يتعين للبيع في الاولى غير الموطوءة حتى لا يكون للبائع ان يعين البيع في الموطوءة ولا للمشتري في غيرها
لانه يؤدي الى انه وطي ملك غيره لان الملك فيه يستند الى وقت العقد فتبين انه وطي ملك

غيره وبخلاف وطي احدى الزوجتين لان المقصود منه الولد فيكون دليلا على الاستبقاء ثم يقال
الاعتاق غير نازل في المحل قبل البيان لتعلقه به ولهذا حل وطيهما عنده ولكنه لا يفتى به للاحتياط
في باب الحرمات او يقال هو نازل في المنكر فيظهر في حق حكم يقبله كالبيع فان المنكر يقبله بان
اشترى احدى العبدين على انه بالخيار ان يأخذ ايهما شاء والمنازع لا يقبل الوطي لان الوطي فعل
حسي فلا يتصور وقوعه في غير المعين ولا يحل العتق المبهم في المعينة او نقول ان حل الوطي ينبني على ملك
المتعة والعتق محله ملك الرقبة فلم يتحد محلاهما فلا يتحقق المنافاة لان شرط المنافاة اتحاد المحل
وهو والموت بيان في المبهم اي الوطي والموت يكونان بيانا في الطلاق المبهم وقد بينا المعنى فيه والفرق
بين الطلاق والعتق في الوطي قال ولو قال ان كان اول ولد تلدينه ذكرا فانت حرة فولدت
ذكرا وانثى ولم يدر ايهما ولد اولا الذكر وعتق نصف الام والانثى اي رجل قال لامته ان كان اول ولد
تلدينه ذكرا فانت حرة الى آخره وهذه المسئلة على وجوه احدها ان يوجد التصادق بعدم العلم وجوابه
ما ذكر وهو ان يكون الغلام رقيقا ويعتق نصفا الامة ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحد
منهما يعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اولا فالام بالشرط والجارية بالتبعية اذ الام عتقت
قبل ولادتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحد
منهما وتسعى في النصف واما الغلام فيرق في الحالين لان ولادته شرط الحرية الام فيعتق بعد ولادته
فلا يتبعها واعتبار الاحوال معتبر شرعا اذا اشتبه الاحوال لما روى انه عليه السلام بعث
اناسا الى بني حنيفة للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم
فلما بلغه عليه السلام ذلك فقضى بنصفا العقل لنزره دحالهم لانه يحتمل انهم سجدوا لله ويحتمل انهم
سجدوا لغيره فصار اصلا في اعتبار الاحوال والثاني ان تدعي الام ان الغلام ولدته اولا وانكر
المولى ذلك والجارية صغيرة والقول قول المولى لانه منكر شرط العتق ويحلف على العلم لانه فعل الغير
فاذا حلف لم يعتق واحد منهما الا ان يقيم البينة بعد ذلك وان نكل عتقت الام والبنت لان دعوى
الام حرية الصغيرة معتبرة لانها نفع محض ولها عليها ولاية لا سيما اذا لم يعرف لها اب بخلاف ما
اذا كانت كبيرة والثالث ان يوجد التصادق ان الغلام هو الاول فتعتق الام والبنت دون الغلام
والرابع ان يوجد التصادق بان البنت هي الاولى فلا يعتق منهم احد والخامس ان تدعي الام بان
الغلام هو الاول ولم تدع البنت وهي كبيرة فانه يحلف المولى فان حلف لم يعتق احد منهم وان نكل
عتقت الام دون البنت لان النكول حجة ضرورية فلا يتعدى ولا ضرورة في غير المدعية هكذا ذكروا
وهذا يشير الى انها لو اقامت البينة يتعدى والسادس ان تدعي البنت وهي كبيرة ان الغلام هو
الاول ولم تدع الام اذا نكل دون الام لما ذكرنا هذه افصلها في الكافي وقال وجب ان يعتقا
اذا نكل عندهما لانه اقرار عندهما فاذا اقر بحرية احداهما صار اقرارا بحرية الاخرى لانا نقول
اقرار بطريق الضرورة ولهذا لا يثبت بمجرد النكول حتى يحكم به الحاكم والدليل عليه ما ذكر محمد في
الاصل رجل قال لغيره انا كفيل بكل ما يقر لك به فلان من المال فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر
يحلف فنكل فقضي عليه بالمال لا يصير الكفيل مطالبا به ولو كان اقرارا من كل وجه لصار مطالبا به وقال في

النهاية قال في المبسوط وذكر محمد في الكيسانيات هذا الجواب الذي ذكرنا ليس بجواب هذا الفصل
بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل
عن اليمين فنكوله كاقراره فان حلف فهم ارقاء واما جواب الكتاب ففي فصل آخر وهو ما اذا قال المولى
لامته اذا كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كانت جارية فهي حرة فولدتهما جميعا ولا يدري
ايهما اول فالغلام رقيق والجارية حرة ويعتق نصف الامة لانها ان ولدت الغلام اولا فهي حرة والغلام
رقيق وان ولدت الجارية اولا فالجارية حرة والامة والغلام رقيق فالام تعتق في حال دون
حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق بنفسها او بعتق امها تبعا
ثم قال صاحب النهاية وما ذكر في الكيسانيات هو الصحيح لان الشرط اذا كان في طريق واحد فالقول
قول من ينكر وجوده كدخول الدار ونحوه وان كان الشرط متعددا في جانب الوجود والعدم كان
احدهما موجودا لا محالة فيحتاج فيه الى اعتبار الاحوال قال رحمه الله ولو شهدا انه حرر
احد عبديه او امتيه لغت الا ان يكون في وصية او طلاق مبهم اي لو شهد رجلان على رجل انه اعتق
احد مملوكيه لا تقبل الشهادة فيه الا ان يكون في وصية استحسانا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا تقبل الشهادة ولو شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على ان يطلق
احداهن بالاجماع واصل هذا ان الشهادة بعتق العبد من غير دعوى العبد لا تقبل عند ابي حنيفة
وعندهما تقبل وفي الطلاق تقبل اجماعا لهما ان العتق حق الشرع وعدم الدعوى فيه لا يمنع قبول
الشهادة فيه الا ترى انه يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده ويجوز ان يحلف به وانما يحلف بما
هو حق الله تعالى ويجوز ايجابه في المجهول ولا يصح ايجاب الحق للمجهول ويتعلق به حرمة استرقاقه
والحرمة حق الله قال عليه الصلاة والسلام ثلث انا خصمهم وعد منها من استرق حرا ويتعلق به
تكميل الحدود ووجوب الجمعة والزكاة والحج ويثبت به اهلية الشهادة والولاية ولا يمنع قبول الشهادة
بالتناقض في دعوى العتق حتى لو اقر بالرق لانسان ثم ادعى حرية الاصل واقام بينة تقبل بينته
ولو كانت الدعوى شرطا لكان مانعا لان التناقض يعدم الدعوى ولهذا لا يشترط الدعوى في عتق
الامة بمنزلة طلاق المرأة وهذا دليل على انه حق الله تعالى ولهذا كان قربة يتادى به بعض الواجبات
فان قيل على هذا وجب ان تقبل فيه شهادة الفرد لكونه امرا دينيا قلنا فيه الزام وان كان دينيا
فلا يثبت الا بحجة تامة ولابي حنيفة ان المشهود به حق العبد لانه يثبت به القوة الحكمية لنفسه
والقوة الحقيقية حقه لان نفسه حقه بجميع معانيه واوصافه والقوة الحكمية منها لانه يصير بها
مالكا لنفسه واكسابه وما لكية الاكساب حق المالك لانها عبارة عن اختصاص يتمكن به من اقامة
المصالح المتعلقة به وما وراء ذلك ثمرات العتق ولا عبرة به وانما العبرة للمشهود به فاذا كان حق
العبد يتوقف قبول البينة فيه على دعواه وحق العبد قد لا يتوقف على قبوله ولا يرتد برده كالعفو عن
القصاص والتناقض عفو فيه لخفائه كدعوى النسب بخلاف عتق الامة لانه تضمن تحريم
الفرج وحرمة الفرج حق الله تعالى فصار كطلاق المنكوحة واذا كان الدعوى شرطا عنده لم
يتحقق في عتق احداهما لان الدعوى من المجهول لا تصح فلا تقبل الشهادة فيه وفي عتق الامة انما قبلت

لتضمنها تحريم الفرج وليس في عتق احدى الامتين ذلك لان العتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج على ما بينا فيكون الدعوى شرطا فيه بخلاف الطلاق المبهم لانه يتضمن تحريم الفرج فيكون حقا لله تعالى فلا تشترط فيه الدعوى اجماعا فان قيل لو كان سقوط الدعوى في عتق الامة لكون حرمة فرجها على المعتق لما ملك على عتق الامة المجوسية واخته من الرضاع وامثالهما وعلى الطلاق الرجعي لعدم تضمن الحرمة قلنا لا يخلو عن اثبات حق الله تعالى فيه اما الرجعي فقد انعقد سببا للحرمة لانها تحرم به عند انقضاء العدة وتنقص به العدد ايضا وهو نوع من الحرمة والامة المجوسية لا توجب وطيها الحد ولا يسقط به الاحصان ما دامت في ملكه وبعد العتق يوجب الحد ويسقط به الاحصان وكذا اخته من الرضاع لا يوجب وطيها الحد ما دامت في ملكه وبضعها مملوك له حتى يملك تمليكه ويملك العقر اذا وطيت بشبهة ولان الامة متهمة في تركها الدعوى او في انكارها لما لها من الحظ عند المولى فلا يعتبر انكارها بخلاف العبد حتى لو كان متهما بان وجب عليه حد او قصاص في طرفه فانكر العتق لا يلتفت الى انكاره وفي حرية الاصل قيل لا يشترط الدعوى اجماعا لانه يتضمن تحريم فرج الام وقيل يشترط لما ذكرنا وان شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في مرضه او في صحته تقبل استحسانا والقياس ان لا تقبل لما ذكرنا ان العتق في مرض الموت وصية حتى اعتبر من الثلث والتدبير وصية سواء كان في المرض او في الصحة والخصم في تنفيذ الوصية هو الموصي لان وجوب تنفيذ الوصية لحقه ونفعه يعود اليه وانكاره مردود لانه سفه وهو معلوم وله خلف وهو الوصي او الوارث فيتحقق الدعوى من الخلف ولان العتق المبهم يشيع فيهما بالموت حتى يعتق من كل واحد منهما نصفه فيتحقق الدعوى من كل واحد منهما فصار كل منهما خصما معنى ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر فلا نص فيه فقال بعض مشايخنا لا تقبل لان العتق في الصحة ليس بوصية والاصح انه تقبل اعتبارا للشيوع والله اعلم

باب الحلف بالعتق

قال ومن قال ان دخلت فكل مملوك لي يومئذ حر عتق ما يملكه بعد اليمين بدخوله الدار لان معنى قوله يومئذ يوم اذ دخلت الدار فحذف الجملة وعوضه بالتنوين فاعتبر قيام الملك وقت الدخول ولو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا من ان المعتبر قيام الملك وقت الدخول فان قيل ينبغي ان لا يعتق لان هذا اليمين من لم يكن في ملكه يوم حلف لانه ما اضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فلا يتناول ما سيملكه قلنا انه لم يوجد الاضافة الى الملك صريحا فقد وجد دلالة لان المملوك لا يكون بدون الملك فصار كانه قال ان ملكت مملوكا فهو حر وقت دخول الدار بخلاف ما اذا قال لعبد الغير ان دخلت الدار فانت حر فاشتراه ثم دخل الدار لم يعتق لانه لم يوجد الاضافة الى الملك لا صريحا ولا دلالة **قال** ولو لم يقل يومئذ اي لو لم يقل في يمينه يومئذ بل قال ان دخلت الدار فكل مملوك لي حر لا يعتق من ملكه بعد اليمين لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط عليه تاخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وجود الشرط وهو الدخول ولا يتناول من اشتراه بعده لعدم الاضافة الى الملك او الى سببه ونظيره ما لو قال كل مملوك لي حر غدا لا يعتق من ملكه بعد اليمين لما قلنا وعلى هذا لو قال

ان دخلت الدار فكل مملوك املكه حر ينصرف الى المملوك للحال وان قال يومئذ ينصرف الى ما يملكه يوم دخول الدار لما ذكرنا **قال** رحمه الله والمملوك لا يتناول الحمل اي لفظ المملوك لا يدخل تحته الحمل لانه يتناول المملوك المطلق والحمل مملوك تبعا للام لا مقصودا فلا يدخل تحت المطلق ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء حتى لو قال كل مملوك لي حر وكان له حمل مملوك بطريق الوصية بان اوصى له بالحمل فقط او قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لاقل من ستة اشهر لم يعتق لما ذكرنا وكذا لا يدخل المكاتب فيه لانه ليس بمملوك من كل وجه لانه حر يدا ويخرج من يد المولى حتى يستحق الارش على المولى ان جنى عليه وان كان رقه كاملا بخلاف ام الولد والمدبر لان ملكهما كامل وان كان الرق فيهما ناقصا على ما يجيء في الايمان ان شاء الله تعالى **قال** كل مملوك لي او املكه حر بعد غد او بعد موتي يتناول من ملكه منذ حلف فقط يعني اذا قال كل مملوك لي حر بعد غد او قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال بعد موتي فيهما يتناول من كان في ملكه يوم حلف ولا يتناول ما ملكه بعد اليمين حتى يعتق بعد غد او يكون مدبرا في الحال من كان في ملكه في ذلك الوقت ولا يعتق ولا يصير مدبرا من ملكه بعد ذلك لان قوله كل مملوك لي للحال على ما بينا وكذا كل مملوك املكه ولهذا يستعمل فيه بغير قرينة وللاستقبال بقرينة من سين او سوف فينصرف مطلقه الى الحال فكان الجزاء حرية المملوك او تدبير المملوك في الحال فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين **قال** وبموته عتق من ملك بعده من ثلثه ايضا اي يعتق بموت المولى من ملكه بعد اليمين من ثلث ماله ايضا وهذا عندهما وقال ابو يوسف لا يعتق من ملكه بعد اليمين لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يتناول ما سيملكه ولهذا صار من كان في ملكه وقت اليمين مدبرا ولا يصير الاخر مدبرا ولهذا لا يعتق في قوله كل مملوك لي او كل مملوك املكه حر بعد غد الا من كان في ملكه وقت اليمين وبه استدل عيسى حين طعن عليهما ولهما ان هذا ايجاب عتق بطريق الوصية حتى اعتبر من الثلث والوصية انما تقع بعد الموت ويعتبر حال الموت فيها معهودا الا ترى ان من اوصى بثلث ما يملكه وليس له مال او كان له مال واستحدث غيره يتناوله اذا بقيا في ملكه الى الموت وكذا اذا اوصى لاولاد فلان وله اولاد وولد له بعد ذلك اولاد دخلوا الكل في الوصية فاذا ثبت هذا فنقول قوله كل مملوك لي او كل مملوك املكه يتناول الحال لما مر فصار ايجابا من هذا الوجه وهو ايضا لما ذكرنا يتناول ما يملكه عند الموت لما مر فيعتبر فيه حالة الموت فعملنا بموجبهما فاعملنا الايجاب في المملوك للحال واعملنا الوصية فيه وفي المستحدث فاذا تناوله الايجاب صار الذي يملكه وقت التكلم كالحاضر فيه بلا احتمال فصار مدبرا والذي يتملكه بعد ذلك فيه احتمال لانه ان بقي الى موته في ملكه صار داخلا فيه باعتبار الوصية والا فلا فصار كالمدبر المقيد فجاز تصرفه فيه بالاخراج عن ملكه وفيما بينهما للحال ايجاب العتق ولا حالة اعتبار الوصية فلا يدخل فيه بخلاف قوله بعد غد لانا انما الحقنا المستقبل بالحال اذا قام الدليل عليه وهو الايصاء ولم يقم الدليل في قوله بعد غد فان قيل قد جمعتم بين الحال والاستقبال في لفظ واحد فيلزم منه الجمع بين الحقيقة والمجاز او تعميم المشترك على ما اختلفوا في الفعل المضارع وذلك لا يجوز قلنا هذا الكلام يتناول الموجود

حالة الاعتاق لكن حالة الاعتاق هو حال التكلم من وجه ومن وجه حال الموت لان الحكم يثبت عنده
لكن بالكلام السابق فصار حالة الموت وحالة التكلم كحالة واحدة في المعنى وهو حال وجود العلة
فثبتا ولهما باعتبارها او نقول هذا الكلام ايجاب عتق وايصاء والايجاب لا يصح الا في الملك ومضافا
الى سببه والوصية لا تصح الا في الموجود عند الموت فجمعنا بينهما باعتبار سببين مختلفين وانما
لا يجوز ذلك اذا كان بسبب واحد وهذا كاختلافهم في قوله لله علي ان اصوم رجبا ونوى النذر
واليمين فان ابا يوسف يمنع الجمع بينهما وقد عرف في موضعه وهذا كله فيما اذا لم يكن له نية واما
اذا نوى فعندنا ولا يحل لانه نوى التشديد على نفسه فيصدق والله اعلم

باب العتق على جعل

قال ومن اعتق عبده على مال فقبل عتق اي اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق
وذلك مثل ان يقول انت حر على الف او بالف او على ان لي عليك الفا او على الف تؤديها او على ان تعطيني
الفا او على ان تجيئني بالف وانما يعتق بقبوله لانه علق عتقه بقبول المال ولانه معاوضة ومن قضية
المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع فاذا قبله العبد صار حرا في جميع احكامه والمال
دين عليه لانه التزمه بقبوله وكانت ذمته صالحة وقد تأيدت بالعتق وجاز ان يجب المال بمثله
وان لم يملك بمقابلة ما سقط من حق المولى شيئا كما يجب بالخلع وان لم تملك المرأة شيئا بازاء ما سقط
من حق الزوج كما يجب بالصلح عن دم العمد وهو دين وجب عليه بعد الحرية حتى صحت الكفالة ولا يؤدي
الى التنافي بخلاف بدل الكتابة لانه وجب مع المنافي لانه يسعى وهو عبد والاصل ان لا يكون للمولى
على عبده دين فلم يكن بدل الكتابة دينا مطلقا اذ الدين ما لا يمكن المديون الخروج عنه الا بالقضاء او
الابراء ودين الكتابة يمكنه الخروج عنه بالعجز واطلاق لفظ المال يتناول انواعه حتى الحيوان
وان لم يكن معينا بعد ان يكون معلوم الجنس ولا يبالي بجهالة الوصف كالجودة والرداءة لانها يسيرة
ولا بجهالة النوع لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وانما
لم يمنع الجهالة اليسيرة من صحة هذه العقود لانه يجري التسامح فيها فلا يكون مانعة من التسليم والتسلم
والفساد باعتبار ذلك ولهذا لو عقد على ملك الغير ولم يجز صاحبه يجب قيمته ولا ينفسخ العقد مع ان
القيمة مجهولة بخلاف البيع **قال** ولو علق عتقه باداء صار مأذونا اي لو علق المولى عتق العبد
باداء العبد المال صار العبد مأذونا له في التجارة لدلالة حاله على ذلك لانه حثه على اداء المال
ولا يتمكن من ذلك الا بالاكتساب ولم يرد به الاكتساب بالتكدي لانه امارة الخساسة فتعين
التجارة لانها هي المعتادة ولا يصير مكاتبا لان صيغته صيغة التعليق وهو ان يقول ان اديت
الي الفا فانت حر او نحوه فعلق عتقه باداء المال كتعليقه بسائر الشروط ولهذا لا يحتاج فيه الى
قبول العبد ولا يبطل بالرد وللمولى ان يبيعه والكتابة توجب المال على العبد بالقبول فيثبت له
بمقابلة ما حصل للكاتب من ملك اليد والكسب وههنا لم يجب من المال على العبد شيء لكن ملك اليد
والكسب ثم ان قال ان اديت الي يقتصر على المجلس وعن ابي يوسف انه لا يقتصر حتى لو باعه ثم
اشتراه وادى يجبر على القبول ويعتق لانه تعليق محض فلا يقتصر على المجلس كما في التعليق بسائر الشروط
وكما اذا قال متى اديت او اذا اديت وجه الظاهر ان هذا بمنزلة التعليق بمشيئة العبد للتخيير

بين الاداء والامتناع ولو قال ان شئت فانت حر يتوقف به فكذا هذا بخلاف متى واذا لانهما للوقت
على ما بيناه في الطلاق **قال** وعتق بالتخلية ومعنى هذا الكلام ان العبد اذا احضر المال بحيث يتمكن
المولى من قبضه وخلى بينه وبين المال اجبره الحاكم ونزله قابضا وحكم بعتق العبد قبض اولا وهو
تفسير الاجبار في سائر الحقوق وقال زفر لا يجب على المولى القبول ولا يجبر عليه وهو القياس لانه تعليق
العتق بالشرط ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ويمكنه ان يبيعه قبل الاداء ولا يصير
العبد احق باكسابه ولو ابرأه المولى لا يعتق ولا يعتبر ابراؤه ولو تبرع غيره وادى عنه لم يعتق
ولو حط عنه البعض بطلبه وادى الباقي لم يعتق ولو مات وترك مالا فهو للمولى ولو مات المولى لا
يصير اداؤه الى الورثة ولا يبيعه او بأدائه فاذا كان تعليقا فلا يجبر على الحنث كما اذا علقه بغيره من الشروط
فاذا لم يقبل المولى لم يعتق لان الشرط اداء متصل بقبوله لمكان قوله الي فلا يتم بفعل العبد وحده بخلاف
المكاتب لان الكتابة معاوضة والبدل فيها واجب فاحتجنا الى جعل المولى قابضا ليتخلص من عهدة
الوجوب ولنا ان هذا اللفظ باعتبار الصورة تعليق وباعتبار المقصود معاوضة لانه حثه
على اكتساب المال ورغبه في الاداء بما جعل له فيه من العتق وهذا معنى الكتابة وهذا المال عوض من وجه
حتى لو طلقها بهذه الصفة كان الطلاق بائنا وما تردد بين امرين يوفر حظه عليهما فوفرنا
عليه حكم التعليق ابتداء في حق تلك الاحكام رعاية للفظ ودفعا للضرر عن المولى ووفرنا عليه حكم الكتابة
في الانتهاء فاجبرنا المولى على القبول دفعا للضرر المغرور عن العبد لانه لم يتحمل المشقة في اكتساب المال
الا لينال شرف الحرية نظيره الهبة بشرط العوض فانه جعل هبة ابتداء حتى اعتبر التقابض في العوضين
ويبطل بالشيوع وجعل بيعا انتهاء حتى يرد بخيار العيب والرؤية عملا بالشبهين ولو ادى البعض يجبر
على القبول اعتبارا بالكل لكنه لم يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط بخلاف الكتابة فانها معاوضة
فيعتبر فيها الابراء وغيره من الاحكام التي ذكرنا وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه ان المولى لا يجبر على
قبض البعض لانه انما يكون كالمكاتب اذا كان يعتق بالاداء ولا يقال كيف يجعل معاوضة ولا يملك مال
المولى لانا نقول لما ثبت معنى المعاوضة قبل الاداء اقتضاء وكان احق بكسبه وصار كما اذا كاتب عبده
على نفسه وماله فانه يكون احق بذلك المال ولو اداه عتق ثم اذا ادى الفا اكتسبها بعد التعليق
عتق ولم يرجع المولى عليه لانه مأذون له بالاداء منه وان فضل منه شيء فهو للمولى لانه كسب عبده وان
ادى الفا اكتسبها قبله رجع للاستحقاق وهو لا يمنع العتق كما لو ادى مغصوبا فاستحق هذا اذا
كان المال معلوما وان كان مجهولا بان قال ان اديت الي دراهم فانت حر لا يجبر على قبول المال لان مثل
هذه الجهالة لا تجوز في المعاوضة ولا يمكن حملها على الكتابة فيكون يمينا محضا ولا جبر فيها **قال**
وان قال انت حر بعد موتي بالف فالقبول بعد موته لان ايجاب العتق اضيف الى ما بعد الموت ولا
يعتبر وجود القبول قبل وجود الايجاب فصار كقوله انت حر غدا ان شئت فانه لا تعتبر مشيئته
قبل غد وكذا لو قال لعبده انت حر غدا بالف درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث
يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لان الرق قائم والمولى لا يستوجب
على عبده دينا الا ان يكون مكاتبا فسقط بخلاف ما اذا اعتقه على مال حيث يجب عليه لان الرق قد

من الوجه الذي بينا ان فيه معنى المعاوضة

فان قيل اذا لم يجب المال فما فائدة القبول قلنا فائدته ان يكون مدبرا لوجود الشرط لان التدبير
معلق بقبول المال فلا يكون مدبرا ما لم يقبل ونظيره ما لو قال انت حر على الف درهم بعد موتي
فانه يعتبر القبول فيه في الحال فاذا قبل صار مدبرا ولا يجب المال لما ذكرنا وعلى هذا لو قال
ان شئت فانت طالق غدا فالمشيئة في الحال بخلاف ما اذا قال انت طالق غدا ان شئت حيث
تكون المشيئة فيه في غد لما ذكرنا وقال ابو يوسف يعتبر المشيئة في الغد فيهما لان الطلاق يوقف
على مجيء الغد فيهما فكذا المشيئة وقال زفر المشيئة في الحال فيهما اذ لا فرق في الايمان بين تقديم
المشيئة وتاخيره ولو قدم المشيئة تعتبر المشيئة في الحال اجماعا فكذا اذا اخر ثم قالوا في مسئلة
الكتاب لا يعتق وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للعتق وهذا صحيح لان
العتق ليس بمعلق بالموت وفي مثله لا يعتق الا باعتاق الوارث كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر بخلاف
المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط فيه اعتاق احد فان قيل اهلية المعلق ليس بشرط وقت
وجود الشرط الا ترى انه لو علق الطلاق والعتاق بشرط ثم جن ووجد الشرط وهو مجنون فانه يقع
الطلاق والعتاق فوجب ان يكون ههنا مثله قلنا نعم اذا كان ملك المعلق قائما وقت وجود الشرط وههنا
خرج ملكه وبقي للوارث ومتى خرج عن ملكه لا يقع بوجود الشرط مع وجود الاهلية فما ظنك عند عدمها
ولانه لما تاخر العتق عن الموت صار بمنزلة الموصى بعتقه وذلك لا يعتق الا باعتاق الوارث او الوصي او
القاضي فكذا هذا قال ولو حرره على خدمة سنة فقبل عتق من ساعته لان الاعتاق على الشيء
يشترط فيه وجود القبول لا وجود المقبول كسائر العقود وصورة المسئلة ان يقول اعتقتك على ان
تخدمني واما اذا قال ان خدمتني كذا مدة فانت حر لا يعتق حتى يخدمه لانه معتق بشرط والاول
معاوضة مال وخدمة لانه يسلم له المبدل فيجب عليه تسليم البدل قال فلو مات يجب قيمته اي
لو مات المولى او العبد يجب قيمته عليه ويوخذ من تركته ان كان الميت هو العبد وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد عليه قيمة الخدمة في المدة وهو قول ابي حنيفة اولا وهذا الخلاف مبني على
خلافية اخرى وهو ما اذا باع العبد من نفسه بجارية او اعتقه عليها ثم هلك قبل القبض او استحقت
يرجع المولى عليه بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عند محمد وعلى هذا لو اعتق ذمي عبده على خمر
في الذمة فاسلم يجب عليه قيمة نفسه عندهما وعنده قيمة الخمر له انه معاوضة مال بغير مال
لان نفس العبد ليست بمال في حقه اذ لا يملك نفسه فصار كما لو تزوج امراة على عبد فاستحق فانها
ترجع عليه بقيمة العبد لا بقيمة البضع وهو مهر المثل ولهما انه معاوضة مال بمال لان العبد مال في
حق المولى وكذا المنافع صارت مالا بايراد العقد عليها فصار كما اذا اشترى اباه بامة فهلكت
الامة قبل القبض او استحقت فان البائع يرجع عليه بقيمة الاب لا بقيمة الامة وعلى هذا لو استاجر
دارا الى سنة بعبد فقبضه فهلك عنده ثم انهدمت الدار او استحقت فانه يرجع عليه بقيمة العبد
وكذا هذا لان الاجارة مبادلة مال بمال لان المنافع تصير مالا بورود العقد عليها ولهذا يجوز التزوج
على منافع الدار ونحوها وسوى ههنا بين موت المولى والعبد وطعن عيسى وقال هذا غلط يعني فيما اذا
مات المولى بل ياخذ ورثته بما بقي على العبد من الخدمة لان الخدمة دين عليه فيخلفه وارثه فيه بعد

موته كما لو اعتقه على الف درهم واستوفى بعضها ومات ولكن في ظاهر الرواية يقول الناس يتفاوتون
في الخدمة وكان الشرط في العقد خدمة المولى فيفوت ذلك بموت المولى كما يفوت بموت العبد قال
شمس الائمة السرخسي ان هذا العذر ليس بقوي فان الخدمة عبارة عن خدمة البيت ومتى معروفة
بين الناس لا يتفاوتون فيها فلا يفوت بموت المولى ولكن الاصح ان يقول الخدمة عبارة عن المنفعة
وهي لا تورث فلا يمكن استيفاء عين المنفعة بعد موت المولى فلهذا كان المعتبر قيمة نفسه او قيمة المنفعة
على حسب خلافهم وفي قوله لا يتفاوتون فيها نظر فان خدمة الفقراء اسهل من غيرهم وخدمة الشيخ
اضعف من الشاب وقد يكونوا اكثر من خدمة الواحد اسهل من خدمة الجماعة وهذا ظاهر قال
ولو قال اعتقها بالف على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه عتقت مجانا لان من قال لغيره اعتق
عبدك على الف درهم علي لا يلزمه ووقع العتق بخلاف ما اذا كان ذلك في الطلاق وقد حققناه في
عتق الحمل وقوله اعتقها بالف على ان تزوجنيها من غير ذكر لفظة علي قبل قوله على ان تزوجنيها وهكذا
ذكر في عامة نسخ الهداية وقد ذكرها في بعض النسخ وهو الحق وعليه يدل ذلك فانه قال لان اشتراط
البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز ولا يكون اشتراطا على الاجنبي الا اذا قال علي فيكون
الصواب ان يقول اعتق امتك بالف درهم علي على ان تزوجنيها قال ولو زاد عني قسم الالف على
قيمتها ومهر مثلها وجب ما اصاب القيمة فقط اي لو زاد لفظة عني والمسئلة بحالها بان قال اعتق
امتك عني بالف درهم علي على ان تزوجنيها فابت ان تتزوجه قسمت الالف على قيمتها وعلى مهر مثلها
فما اصاب القيمة اداه الامر وما اصاب المهر سقط لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما تقدم في
باب نكاح الرقيق فاذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما فوجب
عليه حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه حصة ما لم يسلم له وهو البضع ولم يبطل البيع باشتراط
النكاح لانه مقتضى لصحة العتق عنه فيكون مندرجا فيه فلا يراعى فيه شرائطه بل شرائط المقتضي وهو
العتق ولهذا وجب عليه حصته من الالف المسمى ولو كان فاسدا لوجب عليه القيمة ولو زوجت نفسها
منه في الوجهين لم يذكر في الجامع الصغير وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول
وهو للمولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان لها في الوجهين لانه قابل الالف بالرقبة
والبضع فينقسم عليهما فيجب عليه عوض ما سلم له دون غيره ولو اعتق امته على ان تزوجه نفسها
فزوجته نفسها كان لها مهر مثلها عند ابي حنيفة ومحمد لان العتق ليس بمال فلا يصلح مهرا وعند
ابي يوسف يجوز جعل العتق صداقا لانه عليه السلام اعتق صفية وتزوجها وجعل عتقها مهرها
قلنا كان النبي صلى الله عليه وسلم مخصوصا بالنكاح بغير مهر فان ابت ان تتزوجه فعليها قيمتها
في قولهم جميعا وكذا لو اعتقت المراة عبدا على ان يتزوجها فان فعل فلها مهرها وان ابى فعليه
قيمته والله اعلم

باب التدبير

قال رحمه الله هو تعليق العتق
بمطلق موته اي موت المولى هذا في الشريعة وفي المبسوط التدبير عبارة عن العتق الموقع في المملوك
بعد موت المالك والاول احسن لان الثاني يرد عليه المدبر المقيد بان قال ان مت في سفري او مرضي
هذا او من مرض كذا ونحو ذلك مما ليس بمطلق واحترز الشيخ عنه بقوله بمطلق موت المولى والتدبير

ماخوذ من قوله صلى الله عليه وسلم في ام الولد وهي معتقة عن دبر منه وفي اللغة التدبير هو النظر
فيما يؤول اليه عاقبته ودبر الرجل اذا ولى فكانه من دبر الحياة او من التدبير لانه دبر نفسه فيه
حيث استخدمه في حال حياته وتقرب به الى الله تعالى بعد وفاته قال كاذا مت فانت حر
او انت حر يوم اموت او عن دبر مني او دبرتك اي كقوله اذا مت فانت حر الى اخره وهذا تمثيل
للتدبير المطلق لانه علق عتقه بمطلق موته فيصير به مدبرا لانه صريح فيه ويوم اذا قرن بفعل
لا يمتد يراد به مطلق الوقت فيكون مطلقا ولو نوى النهار دون الليل لا يكون مدبرا مطلقا لاحتمال
ان يموت بالليل وكذا لو قال اعتقتك بعد موتي او انت عتيق او معتق او محرر بعد موتي الى غير
ذلك من الفاظ العتق وكذا قال ان مت فانت حر لانه تعليق بالموت وان كان كائنا لا محالة وكذا
اذا قال ان حدث بي حدث فانت حر لان الحدث يراد به الموت عادة وكذا اذا قال انت حر مع موتي
لان قران الشي بالشي يقتضي وجوده معه فكان اثباتا للعتق في حال وجود الموت وكذا لو قال في
موتي لان حرف الظرف اذا دخل على الفعل يصير شرطا كقوله انت طالق في دخولك الدار وكذا اذا
ذكر مكان الموت الوفاة او الهلاك لانه بمعناه ولا يحتاج فيه الى النية في هذه الالفاظ لانها
صريح فيه ويكون مطلقه لعدم تقييده على صفة فحاصله ان الفاظه ثلثة انواع احدها ان يصرح
بالتدبير بان يقول دبرتك او يضيف الى ما بعد موته كقوله انت حر بعد موتي او نحو ذلك وروى هشام
عن محمد انه اذا قال انت مدبر بعد موتي يصير مدبرا للحال لان المدبر اسم لمن يعتق عليه بعد موته نصا
كقوله انت حر بعد موتي والثاني ان يكون لفظ التعليق كقوله ان مت فانت حر ونحوه من القران بالموت او
التعليق والثالث ان يكون لفظ الوصية بان قال اوصيت لك برقبتك او بعتقك لان العبد لا يملك نفسه
فكانت الوصية به وصية بالعتق وكذا لو اوصى له بثلث ماله لان رقبته من جملة ماله فكان موصى له
بثلث رقبته وهو يملك بعد الموت ويملك العبد من نفسه العتاق لانه لا يملك نفسه فصار كانه
قال انت حر بعد موتي قال فلا يباع ولا يوهب وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه وغيره من التصرفات
لما روى جابر ان رجلا اعتق غلاما له عن دبر منه فاحتاج فاخرجه النبي صلى الله عليه وسلم فقال من
يشتريه مني فاشتراه نعيم بن عبد الله بكذا وكذا فدفعه اليه متفق عليه وفيما رواه النسائي كان عليه
دين فباعه النبي صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم فاعطاه فقال له اقض دينك وانفق على عيالك
ولان التدبير تعليق العتق بالشرط ولا اثر له في المحل قبل وجود الشرط فلا يمنع جواز التمليك كما لو
علقه بغيره من الشروط وكالمدبر المقيد ولان التدبير وصية حتى يصح بلفظ الوصية ويعتبر من
الثلث والوصية لا تمنع الموصي من التصرفات ولنا رواية ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال المدبر
لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث احتج به الطحاوي وغيره من الائمة وروى ابو الوليد
الباجي ان عمر رضي الله عنه رد بيع المدبر في ملا خير القرون وهم حضور متوافرون وهو اجماع منهم
ان بيع المدبر لا يجوز ولانه وجد فيه سبب العتق وقد تعلق بمطلق موت المولى فلا يجوز بيعه كام الولد
وهذا لانه يعتق بعد الموت بهذا الكلام لا بكلام اخر فجعله سببا للحال اولى من جعله سببا بعد الموت
لقيام الاهلية في الحال وزوالها بعد الموت ولا يقال انها موجودة حكما بعد الموت كما قلنا في رجل علق

طلاق امراته بالشرط فوجد الشرط وهو مجنون لانا نقول الشي انما يعتبر موجودا حكما اذا امكن وجوده
حقيقة ولا امكان ههنا لاستحالة وجود الفعل من الميت ولان هذا الحكم لا يثبت الا اذا حكم الشرع بموته
ومتى حكم بموته استحال ان يحكم بحياته لافضائه الى التناقض بخلاف ما اذا جن لانه اهل للتصرف في الجملة
الا ترى انه يعتق عليه قريبه بالملك ويمكن وجود الشرط وهو اهل ايضا فامكن اعتباره حكما بخلاف
ما نحن فيه لانه لا يمكن جعله سببا بعد الموت لانه حال زوال الاهلية فجعل سببا في الحال وتاخر
الحكم مع انعقاد السبب كما في البيع بشرط الخيار وهذا هو القياس في سائر التعليقات الا انه وجد
المانع من السببية وهو انعقاده يمينا والتمين تصرف اخر يمنع الحكم لانه يعقد للمنع عن مباشرة
الشرط والمانع من الشرط مانع من الحكم المتعلق فتضاد وقوع الجزا وضد الشي لا يكون سببا له
لان ادنى درجات السبب ان يكون مفضيا الى المسبب فما ظنك اذا كان منافيا له وانما يكون سببا
اذا انقض اليمين بالحنث وامكن جعله سببا في ذلك الوقت لبقا اهلية التصرف وهنا لم ينعقد تصرفا
اخر في الحال فبقي سببا في الحال فلا يجوز ابطاله لانه تعلق به حق العبد وهذا لان حقيقة الحرية لا تقبل
الابطال فكذا في حق الحرية وسببها كالاستيلاد ولانه وصية اثبات الخلافة في ماله للموصى له معتبرا
على الوارث فاعتبر سببا في الحال لاثبات الخلافة كالقرابة وما رواه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به
لانه يحتمل انه كان مدبرا مقيدا ويحتمل انه باع منفعته بالاجرة والاجارة تسمى بيعا بلغة اهل المدينة
لانه بيع المنفعة يويده ما رواه جابر انه عليه السلام باع خدمة المدبر ذكره ابو الوليد المالكي
رحمه الله ويحتمل انه باعه في وقت كان يباع الحر بالدين كما روي انه عليه السلام باع حرا بدينه
ثم نسخ بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره في الناسخ والمنسوخ ولا نسلم ان التدبير
وصية محضة بل انعقد السبب فيه للحال على ما بينا ولهذا لا يبطل التدبير بقتل المدبر سيده ولا يملك
المولى الرجوع عنه بالقول ولو كان التدبير وصية محضة لبطل ولملك الرجوع قال
ويستخدم ويوجر ويوطا وينكح اي يستخدم المدبر ويوجر للناس ويطا المولى الامة المدبرة ويزوجها
من انسان لان ملكه ثابت فيه ولهذا يدخل تحت قوله كل مملوك لي حر وبالملك يستفاد ولاية هذه
التصرفات وبها لا يبطل حق المدبر في نفسه بخلاف البيع ونحوه فانها تبطل حقه فيه فلا يملك وليس له
ان يرهنه لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفا من المالية بطريق البيع وهو ليس محلا للبيع كام الولد
قال وبموته يعتق من ثلثه اي بموت المولى يعتق من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية
لكونه تبرعا مضافا الى ما بعد الموت فينفذ من الثلث قال ويسعى في ثلثيه لو فقيرا وكله لو مديونا
يعني يسعى في ثلثي قيمته اذا كان المولى فقيرا ولم يكن له مال غيره ويسعى في جميع قيمته اذا كان عليه دين
يستغرق ماله لما ذكرنا انه وصية ومحل نفاذها الثلث ولم يسلم للموصى له شي الا اذا سلم للورثة ضعفه
والدين مقدم على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب نقضه معنى برد قيمته قال ويباع لو قال
ان مت من سفري او مرضي او الى عشر سنين او عشرين سنة او انت حر بعد موت فلان ويعتق ان وجد
الشرط يعني ان علق التدبير بموته على صفة بان قال ان مت في سفري او مرضي الى اخره يجوز بيعه لانه
ليس بمدبر مطلق ويعتق ان مات على تلك الصفة لوجود الشرط وهذا لان الموت على تلك الصفة ليس

كان لا محالة فلم ينعقد سببا في الحال واذا انتفى معنى السببية لتردده بين الثبوت والعدم بقي
تعليقا كسائر التعليقات فلا يمنع البيع بخلاف المدبر المطلق لان عتقه معلق بمطلق موته وهو كائن
لا محالة فاذا اعتق بوجود الشرط عتق كما يعتق المدبر اعني من ثلث ماله لان الصفة لما صارت متعينة
في اخر جزء من اجزاء حياته اخذ حكم المدبر المطلق لزوال التردد ولو وقته بمدة لا يعيش مثله اليها
بان قال ان مت الى مائة سنة فانت حر ومثله لا يعيش الى مائة سنة فهو مدبر مطلق عند الحسن
ابن زياد وقال ابو يوسف ليس بمطلق لان العبرة للتوقيت ولا ينظر الى طول المدة او قصرها كما في
التوقيت في النكاح والمختار هو الاول لانه اذا كان في الغالب لا يعيش اليه صار كالكائن لا محالة
ومن المقيد ان يقول اذا مت وغسلت فانت حر لانه علقه بالموت وشيء اخر بعده وان مات ففي القياس
لا يعتق ما لم يعتق وان غسل لانه لما لم يعتق بنفس الموت انتقل الى الوارث فهو كقوله ان مت ودخلت الدار
فانت حر وفي الاستحسان يعتق لانه يغسل عقيب موته قبل ان يستقر ملك الوارث فيه فصار نظير تعليقه
بموته على صفة بخلاف زيادة دخول الدار لانه لا يتصل بالموت فيستقر ملك الوارث فيه قبله ومن المقيد
ان يقول انت حر قبل موتي بشهر او بيوم ومضى الشهر او اليوم فهو مقيد حتى يملك بيعه وقال زفر لا يملك
لانه مطلق للتيقن به قلنا احتمال موته قبل الشهر كان قائما وقت اليمين فصار مقيدا فلا يتغير بعد
ذلك بمضي الشهر او اليوم ولان المدبر هو الذي يعتق بموت مولاه وهنا يعتق قبله فلا يكون مدبرا
وذكر في اختلاف زفر ويعقوب اذا قال لعبده اذا مت او قتلت فانت حر فعند زفر يكون مدبرا لان
عتقه تعلق بموته حتى يعتق اذا مات على اي وجه كان وعلى قول ابي يوسف لا يكون مدبرا لان عتقه
علقه باحد الشيئين الموت والقتل فلم يجز عزيمة في احدهما فلم يكن مدبرا والله اعلم ۞

باب الاستيلاد

وهو طلب الولد لغة وفي الشرع طلب الولد من الامة
وام الولد للامة المستولدة وهي من الاسماء التي خرج بها من العموم الى الخصوص كالنجم والحج فانه اسم
لمطلق القصد لغة وقد صار في العرف لقصد مخصوص ونظيره البيت والكعبة والنجم والثريا قال
واذا ولدت امة من السيد لم يملك اي اذا ولدت امة من مولاها لا يجوز تمليكها لما روى عن ابن عباس رضي الله
عنه انه عليه السلام قال من وطئ امة فولدت له فهي معتقة عن دبر منه رواه احمد وابن ماجة
وعنه رضي الله عنه ذكرت ام ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اعتقها ولدها رواه
ابن ماجة والدارقطني وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع امهات الاولاد وقال لا يبعن
ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع منها السيد ما دام حيا فاذا مات فهي حرة رواه الدارقطني ورواه
مالك في الموطا ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا
بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في موضعه الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف
السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال
فكذا الجزئية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى لو ملكت الحرة زوجها بعدما ولدت منه جاز لها بيعه فلا
يعتق بموتها وثبوت عتق مؤجل يستحق الجزئية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان
بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزأ اذا امكن تكميله اذ هو فرع النسب فيعتبر باصله

وقال بشر وداود الظاهري يجوز بيعها ولا تعتق بموت المولى وروي عن علي رضي الله عنه انه كان يجوز
بيع امهات الاولاد ثم رجع الى قول الجماعة وحكي عن ابي سعيد البردعي شيخ الكرخي انه خرج حاجا من
بردعة فدخل بغداد يوم الجمعة فراى بعد صلاة الجمعة قوما جلسوا للنظر وفيهم داود فسأله حنفي
عن بيع ام الولد فقال يجوز بيعها لان بيعها كان جائزا قبل العلوق بالاجماع فنحن على هذا الاجماع حتى ينعقد
اجماع اخر لان ما ثبت باليقين لا يزول الا بيقين مثله فتحير الحنفي فانه لا يقبل القياس وخبر الواحد لا يوجب
اليقين فقال ابو سعيد اجمعنا على عدم جواز بيعها بعد العلوق لان في بطنها ولدا حرا فنحن على هذا الاجماع
حتى ينعقد اجماع اخر فتحير داود وانقطع فلما راى وهنه ووهن اصحابه في الفقه ترك الخروج الى الحج وجلس
للتدريس فاجتمع اصحاب داود عند ابي سعيد وكان على ذلك حتى سمع ليلة مناديا يقول فاما الزبد فيذهب
جفاء واما ما ينفع الناس فيمكث في الارض فما لبث ساعة ان قرع الناس بابه واخبر بموت داود فاستقر
امره بعد ذلك قال وله وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها لقيام ملكه وولاية هذا التصرف تستفاد
به فصارت كالمدبرة ولا يثبت نسب ولدها في اول مرة الا ان يعترف به وقال الشافعي رحمه الله يثبت
نسب ولدها اذا اعترف بالوطء وان عزل عنها الا ان يدعي انه استبراها بعد وطئها بحيضة لانه لما ثبت
النسب بالعقد فلان يثبت بالوطء وانه اقوى افضاء اولى ولنا ان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة
دون الولد لوجود ما يمنع من الولد وهو سقوط تقومها او نقصان قيمتها او الاستنقاص باولاد الاماء
عادة او خساسة المحل فان النفوس الابية تستنكف عن وطئهن فضلا عن طلب الولد منهن وانما يتفق
ذلك لبعض الناس لغلبة الشهوة والقياس ممتنع لان المقصود من النكاح التوالد ولهذا يثبت نسبه
منه وان لم يطأها لوجود الفراش القوي ولهذا لا يعتد بالعزل والاستبراء بحيضة لا يفيد لان الحامل
تحيض عنده فاي فائدة في اشتراطه وروى الطحاوي عن عكرمة عن ابن عباس باسناده انه كان له
جارية يطاها فحملت فقال ليس مني اني اتيتها اتيانا لا اريد به الولد وعن عمر انه كان يعزل عن جارية
فجاءت بولد اسود فشق عليه فقال ممن هو فقالت من راعي الابل فحمد الله واثنى عليه ولم يلزمه ولو
اعترف بالحمل فان جاءت به لستة اشهر ثبت نسبه منه للتيقن بوجوده وقت الاقرار ولا فرق في ذلك
بين ان يكون حيا او ميتا بعدما استبان خلقه وان جاءت به لاكثر لم يثبت قال فان ولدت بعده
ثبت بلا دعوة بخلاف الاول اي اذا ولدت ولدا بعد الولد الاول ثبت نسبه بلا دعوة لانه لما ادعى الولد
تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا له وقال عليه السلام الولد للفراش وصارت كالمنكوحة
ولهذا لو اعتقها المولى او مات عنها تجب عليها العدة بثلاث حيض هذا اذا لم يحرم عليه اما اذا حرمت عليه
بوطء امها ونحوه لم يثبت الا بالدعوة لانقطاع الفراش قال وانتفى بنفيه اي انتفى نسب ولد ام
الولد بعدما اعترف بالاول بمجرد نفيه من غير لعان لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج
بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي نسب ولدها الا باللعان لتاكد الفراش الا ترى انه لا يملك ابطاله
بالتزويج وذكر في النهاية معزيا الى المبسوط فقال انما يملك نفيه ما لم يقض القاضي به او يتطاول ذلك
فاما اذا قضى القاضي به فقد لزمه على وجه لا يملك ابطاله وكذا بعد التطاول لانه وجد منه دليل
الاقرار من قبول التهنئة ونحوه فيكون كالصريح بالاقرار ومدة التطاول ما ذكرنا في باب اللعان

على احلافهم ولو اعتقها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين لزمه ولا ينبغي نفيه لان فراشها قد تأكد بالحرية ولهذا لا
يملك نقله بالتزويج وليس له ان يتزوج اختها عند ابي حنيفة ما دامت في العدة وعلى هذا لو مات
فجاءت بولد لاقل من سنتين ثبت ولزم لما قلنا ثم اعلم انه لا يلزمه ان ينفي نسب ولد الجارية في الحكم لما ذكرنا
واما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي انه منه
لان الظاهر انه منه لانتفاء الزنا لا سيما عند التحصين وهو عبارة عن حفظها عما يوجب ريبة الزنا
وعند عدم العزل ولد ولده في ملكه والبناء على الظاهر فيما لا يعلم حقيقته واجب واما اذا لم يحصنها
او عزل عنها فعن ابي حنيفة انه يجوز له نفيه لان الظاهر وان كان عدم الزنا يعارضه ظاهر اخر وهو
العزل او عدم التحصين وعن ابي يوسف انه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه ان
يدعيه عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها حملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين له خلاف ذلك لانه ربما
يظهر عقيب شبعه كالعلوق حتى يتبين خلافه وفي الايضاح ذكر قول ابي يوسف بلفظ الاستحباب وفي
المبسوط بلفظ الوجوب وعن محمد رحمه الله لا ينبغي له ان يدعي نسبه اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي له ان
يعتق الولد ويستمتع بالام ثم يعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ولد ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط
من الجانبين وهو مستحب عنده **قال** رحمه الله وعتقت بموته من كل ماله ولم تسع لغريم اي
عتقت بموت المولى من جميع ماله ولا يلزمها السعاية لغريم ولا لوارث لما روينا ومنا من المعنى ولان
الاستيلاد من حوائجه الاصلية لما ان قوامه بالنسل بمعنى كما ان قوامه بالاكل حقيقة وحاجته
مقدم على حق الغرماء والورثة كحاجته الى التجهيز والتكفين بخلاف التدبير لانه ليس من اصول
حوائجه ولانها لا تتقوم عند ابي حنيفة رضي الله عنه وحق الغرماء لا يتعلق بما لا يتقوم كالقصاص
حتى اذا قتل المديون ووجب القصاص بقتله او قتل وليه او وجب القصاص على القاتل ثم مات المديون قبل ان
يقتله او قتل هو رجلا فوجب عليه القصاص فلاوليائه ان يقتلوا القاتل وبعفوا عنه بغير شي وكذا
لاولياء المقتول ان يقتلوا الغريم وان ادى الى بطلان حقهم في هذا كله **قال** رحمه الله ولو اسلمت
ام ولد النصراني سعت في قيمتها وقد بينا انها تكون مكاتبة فلا يؤدي السعاية الى الاضرار بالمولى وقال
زفر رحمه الله تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى له ان
في استدامة الملك عليها ذلا وازالة ذل الكافر عن المسلم واجب وذلك بالبيع او العتق وقد تعذر الاول
فتعين الثاني ولنا انه تعذر ابقاؤها في ملك المولى وبه وتعذر ازالة ملك الذمي مجانا لان ملكه
محترم فيخرج الى الحرية بالسعاية بما في معتق البعض نظرا للجانبين وهذا لان الذل في الاستخدام
قهرا بملك اليمين وذا يزول بالسعاية لانها تخرج عن يده وتكون حرة يدا وتلحق مكاسبها ونفسها
ودفع الضرر عن الذمي واجب ايضا فلو قلنا بزوال ملكه في الحال تبدل في ذمة مفلسة والمال في
ذمة المفلس كالتاوي بل هو تاو لانها تتوانى ولا تنشط على الاكتساب بعد حصول الحرية لحصول
مقصودها بخلاف ما اذا لم تعتق لانها تنشط وتجتهد على تحصيل المال لتنال شرف الحرية فكان ضررا
عليه لانه بمنزلة ازالتها عن ملكه بلا بدل ولا يقال هي غير متقومة عند ابي حنيفة فكيف يجب
عليها السعاية لانا نقول وجوب السعاية لا يشترط فيه التقوم الا ترى ان القصاص لا يتقوم ومع هذا

بعض الاولياء انقلب نصيب الباقين مالا للتعذر ودفع الضرر عنهم ولانها مكاتب عليه وكتابة ام
الولد جائزة لتتعجل عتقها قبل موت سيدها ولان الذمي يعتقد ماليتها فيترك على ما يعتقد على ما بينا
من قبل ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت لا ترد الى ما كانت لانها لو ردت
لاعيدت مكاتبة لقيام الموجب ما لم يسلم مولاها والمدبر في هذا كام الولد حتى اذا اسلم مدبر
النصراني يسعى في قيمته لما ذكرنا في ام الولد **قال** وان ولدت بنكاح فملكها فهي ام ولده
اي اذا تزوج امة فولدت له ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي لا تصير ام ولد له ولو استولد
بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها صارت ام ولد له عندنا وله فيها قولان له قوله صلى الله عليه وسلم
ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه شرط لثبوت العتق لها ان تكون الولادة من سيدها
وهذه ولدت من زوجها لا من سيدها ولانها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما لو علقت من الزنا ثم ملكها
الزاني وهذا لان ثبوت امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء
يثبت بينهما نسبة الولد الحر واحد منهما كلا وقد ثبت النسب فثبت الحرية منهما بواسطة انتساب
الولد اليهما بخلاف ولد الزنا فانه لا نسبة له الى الزاني نظيره من اشترى اخاه من ابيه او عمه من الزنا
حيث لا يعتق عليه لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الجد او الاب وهي غير ثابتة وانما يعتق عليه
ولده من الزنا بالملك فان ذلك لغو شرعا اذ لا عتق فيما لا يملك ابن ادم فلا يظهر حكمه بعد الملك
وهذا النسب متغير شرعا ولا معتبر بما ذكرنا من حرية الجنين لانه لو اعتق ما في بطنها لم يثبت لها حق
العتق ولا حقيقته ولو كان لاجل الاتصال بها لثبت ولا حجة له بما روى لانه لا نص فيه لان العلوق
وجد في ملكه وهو نظير ملك القريب فانه لا يشترط لعتقه ان يكون حادثا في ملكه وفيما اذا ثبت
ولدت بالزنا خلاف زفر وهو القياس وجوابه ما بينا ولو طلقها فتزوجت بغيره فولدت منه ثم
اشتراها واولادها كلهم تصير ام ولد له ويعتق ولدها من غيره بجوز بيعه ولا يكون بمنزلة الام
خلافا لزفر بخلاف الولد الحادث في ملكه حيث يكون حكمه حكم امه بالاتفاق وان وطئ جارية ابنه
فجاءت بولد فادعاه الاب ثبت نسبه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها
وقد ذكرناها في النكاح ويشترط لصحة دعوى الاب ان تكون له ولاية التملك من وقت العلوق الى وقت
الدعوى حتى لو حبلت في غير ملك الابن او حبلت في ملكه ثم اخرجها عن ملكه ثم ردها الى ملكه او جن
الاب او كان رقيقا او كافرا فافاق او اعتق او اسلم فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من ذلك الوقت لم يصح
دعوى الاب الا ان يصدقه الابن فان صدقه ثبت نسبه منه ولا يملك الجارية ويعتق الولد على الابن
لزعمه انه ملك اخاه وكذا لو كانت الجارية ام ولد الابن او مدبرته لم تصح دعوى الاب لعدم قبول
النقل من ملك الاب ولو وطئ ابو الاب مع قيام ولاية الاب لا يثبت النسب منه لانه لا ولاية للجد حال
قيام ولاية الاب وان زالت ولاية الاب بالموت او الرق او الكفر او الجنون تصح دعوى الجد لان المصحح
ثبوت الولاية للجد من وقت العلوق الى وقت الدعوة كما ذكرنا في الاب وقد وجد حتى لو لم يوجد ملك
الجد في هذه المدة او لم يكن الجد اهلا للولاية في بعضها لا تصح دعوته **قال** ولو ادعى ولد امة
مشتركة ثبت نسبه لاحتياج الولد الى النسب لانه صادف ملكه في النصف فتصح دعوته فيه

ها

لا على الغير الاول ولنا ان النسب هو الحرية على ما ذكرنا والحرية من ... جانب

لانه جزء حصته تبعا واسطة ... الحق والتدبير قبل الملك من ...

منه وولدت ...

ويثبت نسبه فيه فاذا ثبت نسبه فيه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزا وهو العلوق اذ الولد الواحد لا يخلق من ماء رجلين ولا فرق في ذلك بين ان تكون الدعوى في المرض او في الصحة لانه من الحاجة الاصلية على ما بينا **قال** وصارت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للتملك اذ لم يحصل لها شي من اسباب الحرية قبل كالمدبرة وغيرها **قال** ولزمه نصف قيمتها لانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويعتبر قيمتها يوم العلوق لان امومية الولد تثبت من ذلك الوقت ولا يختلف بين ان يكون موسرا او معسرا لانه ضمان تملك بخلاف ضمان العتق على ما عرف في موضعه **قال** ونصف عقرها اي لزمه نصف عقرها لانه وطي جارية مشتركة اذ ملكه يثبت بعد الوطي حكما للاستيلاد فتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه حيث لا يجب عليه العقر لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطيا ملك نفسه وانما كان كذلك لان ما له من الحق لا يكفي للاستيلاد لانه حق تملك لا حقيقة ملك ولا حقه فلهذا يجوز له ان يتزوجها بخلاف الشريك فان له حقيقة الملك في النصف فيكفي لصحة الاستيلاد فلا حاجة الى النقل **قال** لا قيمته اي لا يلزمه قيمة الولد لانه علق حر الاصل اذ النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق والضمان يجب في ذلك الوقت فيحدث الولد على ملكه ولم يعلق شي منه على ملك شريكه **قال** ولو ادعياه معا ثبت نسبه منهما ومعناه اذا حبلت في ملكهما وكذا اذا اشترياها حبلى لا يختلف في حق ثبوت النسب منهما وانما يختلف في حق وجوب العقر والولا وضمان قيمة الولد حتى لا يجب على كل واحد منهما العقر لصاحبه لعدم الوطي في ملكه ويجب عليه نصف قيمة الولد ان كان المدعي واحدا ويثبت لكل واحد منهما فيه الولا لانه حرر على ما عرف في موضعه وقال الشافعي رضي الله عنه يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يخلق من ماءين متعذر وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في اسامة بن زيد ولان النسب مما لا يتجزى فلا يتصور فيه الشركة كالنكاح ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح رحمه الله لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير وهو مذهب علي وابن عباس وزيد بن ثابت ولانه رجم بالغيب والله تعالى هو المنفرد بعلم الغيب ويعلم ما في الارحام ولان فيه قذفا للمحصنات ولهذا صار قذفا في غير هذه الحالة اجماعا ولان قول القائف لو كان معتبرا شرعا لرجع اليه في اللعان بنفي الولد ولم ينف الولد بالجهل وهذا دليل على ان قوله غير معتبر ولانه من احكام الجاهلية قال الله تعالى افحكم الجاهلية يبغون قالت عائشة رضي الله عنها كانت الجاهلية على اربعة انحاء منها ان رهطا كانوا يجتمعون على امراة فاذا اتت بولد دعوا القائف فالحقه باشبههم وذلك باطل بما تلونا ولان القائف في اللغة هو الذي يقول الباطل قال الشاعر وطال حذاري خيفة البين والنوى ومن قائف يتقول قوله يتقول اي يقول الباطل وسرور النبي عليه السلام كان لقطع طعن المشركين لانهم كانوا يطعنون في نسب اسامة بن زيد لاختلاف لونهما وكانوا يعتقدون ان القائف يعلم ذلك ولما مر مجزز المدلجي عليهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض انقطع طعنهم ولزم الحجة على زعمهم فسر عليه السلام لذلك لا لان قول القائف

حجة شرعا ولانه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به على ما عرف في موضعه يحققه انه عليه السلام لم يثبت نسبه به ولم يجعل قوله حجة فيه لان نسبه كان ثابتا قبل ذلك فكيف يصح الاستدلال به على ثبوت النسب وهو لم يثبت به شي ولان الشبه لا يوجب ثبوت النسب ولا عدم الشبه يوجب انتفاءه لان الله تعالى يفعل ما يشاء ويحكم ما يريد الا ترى ان الرجل الذي قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان امراتي ولدت غلاما اسود فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل لك ابل فقال نعم قال ما الوانها قال حمر قال هل فيها من اورق فقال ان فيها لورقا فقال فما ترى ذلك جاءها قال من عرق نزعها فقال صلى الله عليه وسلم فلعل هذا عرق نزعه رواه الجماعة ولم يرخص له صلى الله عليه وسلم في نفيه لعدم الشبه ولم يعول عليه حكما فدل على ان ذلك ليس بشي ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والنسب وان كان لا يتجزى لكن يتعلق به احكام متجزية كالميراث والنفقة والحضانة والتصرف في المال واحكام غير متجزية كالنسب والولاية فما يقبل التجزية يثبت بينهما على التجزية وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما على الكمال كانه ليس معه غيره الا اذا وجد المرجح في حق احدهما فلا يعارضه المرجوح كما اذا كان احدهما ابا الاخر لان للاب حقا في مال ابنه او يكون احدهما ذميا والاخر مسلما لان الاسلام يعلو ولا يعلى والحر اولى من العبد والمرتد اولى من الذمي والكتابي اولى من المجوسي **قال** وهي ام ولدهما لان دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد معتبرة راجحة على دعوة صاحبه لقيام المرجح فتصح دعوته فيه فتتبعه امه فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها **قال** وعلى كل واحد نصف العقر لان الوطي في المحل المعصوم سبب للضمان الجابر او الحد الزاجر فتعذر ايجاب الحد للشبهة فيجب العقر **قال** وتقاصا العقر لعدم فائدة الاشتغال بالاستيفاء الا اذا كان نصيب احدهما اكثر من نصيب الاخر فياخذ منه الزيادة اذ المهر يجب لكل واحد منهما بقدر ملكه فيها بخلاف البنوة والارث منه حيث يكون لهما على السواء لان النسب لا يتجزى وهو في الحقيقة لاحدهما فيكون بينهما على السوا لعدم الاولوية **قال** وورث من كل ارث ابن اي يرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان كل واحد منهما اقر له على نفسه ببنوته على الكمال فيقبل قوله **قال** وورثا منه ارث اب اي يرثان منه ميراث اب واحد لان المستحق احدهما فيقسمان نصيبه لعدم الاولوية كما اذا اقام كل واحد منهما البينة ان هذا ابنه او على ان هذا الشي له **قال** ولو ادعى ولد امة مكاتبه وصدقه المكاتب لزم النسب لتصادقهما على ذلك فصار كما لو ادعى نسب جارية الاجنبي فصدقه المولى **قال** والعقر اي ولزمه العقر لانه وطي بغير نكاح ولا ملك يمين وقد سقط عنه الحد للشبهة فصار كوطي المكاتبة بل اولى لان في المكاتبة ملك الرقبة ثابت للمولى ومع هذا وجب عليه العقر بوطيها كوجوب الارش بالجناية لانها صارت بالعقد كالاجنبية عنه والعقر ملحق بالارش وليس في جارية المكاتب ملك فكان اولى بالوجوب **قال** وقيمة الولد اي لزمه قيمة الولد لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابتا النسب منه كما ان المغرور اعتمد دليلا وهو الملك ظاهرا وان لم يكن له ملك حقيقة **قال** ولم تصر ام ولده لانه لا ملك له فيها لا حقيقة وما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد فلا حاجة

نكاح

ن

حجة

الى النقل وتقدم الملك بخلاف جارية الابن لانه ليس للاب فيها حقيقة الملك ولا حقه وانما له حق التملك وذلك يغنيه عن الاستيلاد فصحة الاستيلاد **قال** وان كذبه لم يثبت النسب اي ان كذبه المكاتب لم يثبت النسب الولد منه وقال ابو يوسف يثبت لان الجارية كسب كسبه فصار كجارية الابن بل اولى لان للمولى في المكاتب ملك الرقبة ولهذا ينفذ عتقه ويمنع المكاتب من التصرف غير الاكتساب بخلاف الابن وحقه ايضا في مال المكاتب اقوى ولهذا منع المكاتب من التصرفات فكان اولى بالتنفيذ من غير تصديق ووجه الفرق ان الاب له ان يتملك مال ابنه اذا احتاج اليه ولهذا لا يجب عليه عقرها ولا قيمة الولد وتصير ام ولد له وليس للمولى ان يتملك مال مكاتبه لانه بالعقد حجر على نفسه والحق نفسه بالاجنبي ولهذا يجب عليه عقرها وقيمة ولدها ولا تصير ام ولد له فيشترط تصديقه بخلاف ما اذا وطئ المكاتبة فجاءت بولد فادعاه حيث يثبت نسبه ولا يشترط تصديقها لان رقبتها مملوكة له بخلاف كسبها ولو ملكه يوما بعدما كذبه المكاتب يثبت نسبه وصارت ام ولد له ان ملكها لان الاقرار به باق وهو الموجب وزال حق المكاتب وهو المانع ولو ولدت منه جارية غيره وقال احلها لي مولاها والولد ولدي فصدقه المولى في الاحلال وكذبه في الولد لم يثبت نسبه وان ملكها يوما ثبت نسبه وصارت ام ولد له ولو صدقه في الولد يثبت نسبه ولو استولد جارية احد ابويه او امرأته وقال ظننت انها تحل لي لم يثبت نسبه منه ولا حد عليه وان ملكه يوما عتق عليه وان ملك امه لا تصير ام ولد له لعدم ثبوت نسبه ۞ والله اعلم ۞

كتاب الايمان ۞

اليمين القوة لغة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين وقال الشماخ ۞ رايت عرابة الاوسي يسمو ۞ الى الخيرات منقطع القرين ۞ اذا ما راية رفعت لمجد ۞ تلقاها عرابة باليمين ۞ وفي الشرع عبارة عن عقد قوي به عزم الحالف على الفعل او الترك وسمي هذا العقد بها لان العزيمة تتقوى بها وهي مشروعة لان الله تعالى اقسم وامر نبيه صلى الله عليه وسلم بالقسم فقال تعالى قل اي وربي انه لحق ولان فيها تعظيم اسما الله وصفاته لان من اقسم بشيء فقد عظمه واقسم عليه السلام لنغزون قريشا والصحابة رضي الله عنهم كانوا يقسمون فكانت ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع واليمين بغير الله تعالى ايضا مشروع وهو تعليق الجزاء بالشرط وهو ليس بيمين وضعا وانما سمي يمينا عند الفقهاء لحصول معنى اليمين بالله وهو الحمل او المنع واليمين بالله تعالى لا تكره وتقليله اولى من تكثيره واليمين بغيره مكروهة عند البعض للنهي الوارد فيه وعند عامتهم لا تكره لانه يحصل بها الوثيقة لاسيما في زماننا وما روي من النهي محمول على الحلف بغير الله تعالى لا على وجه الوثيقة كقولهم بابيك ولعمرك ونحو ذلك وركن اليمين بالله تعالى ذكر اسمه او صفته وبغيره ذكر شرط صالح وجزاء صالح وصلاحية الشرط ان يكون معدوما على خطر الوجود وصلاحية الجزاء ان يكون غالب الوجود عند وجود الشرط ليتحقق الحمل او المنع وقد يكون متحقق الوجود عند وجود الشرط كالتعليق بالملك وسببه وحكمها وجوب البر اصلا والكفارة خلفا وشرط انعقادها تصور البر في المستقبل خلافا لابي يوسف ثم اليمين بالله تعالى ثلاثة اقسام غموس ولغو ومنعقدة على ما يجي بيانه ودليل الحصر عليه انها لا تخلو اما ان يكون فيها مؤاخذة او لا فالثاني لغو والاول لا يخلو اما ان يكون المؤاخذة دنيوية او عقوبية فالاول المنعقدة والثاني الغموس **قال** حلفه على ماض كذبا عمدا غموس

وظنا لغو اي اذا حلف على امر قد مضى وهو كاذب فيه فان تعمد الكذب فهو غموس وان كان يظن انه الامر كما قال فهو لغو وسنبينهما في الحال ايضا سميت الاولى غموسا لانها تغمس صاحبها في الذنب ثم في النار وسميت الثانية لغوا لانها لا اعتبار بها واللغو اسم لما لا يفيد يقال لغا اذا اتى بشيء لا فائدة فيه فكلاهما متصور في اليمين بالله تعالى ولا يتصور في اليمين بغيره لان تعليق الطلاق والعتاق والنذور بامر كائن في الماضي لا يتحقق فيه اللغو ولا الغموس لان الطلاق يقع به وكذا العتاق والنذور سواء كان عالما وقت اليمين او لم يكن عالما **قال** رحمه الله واثم في الاولى دون الثانية يعني ياثم في الغموس ولا ياثم في اللغو لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم ولقوله صلى الله عليه وسلم الكبائر الاشراك بالله تعالى وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس رواه البخاري واحمد وقال عليه السلام من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد اوجب الله له النار وحرم عليه الجنة فقال رجل وان كان شيئا يسيرا فقال وان كان قضيبا من اراك رواه مسلم واحمد وغيرهما وقال عليه الصلاة والسلام يمين الفاجر تدع الديار بلاقع اي خالية ولا يجب فيها الكفارة الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي يجب فيها الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم والمراد القصد لانه فعل القلب والمراد بالمؤاخذة الكفارة لانه تعالى فسرها في اية اخرى بقوله ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الاية والمراد بالعقد القصد ايضا وفيه توفيق بين الايتين ولان الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق الاستشهاد بالله تعالى كاذبا فاشبه المعقودة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وعد منها اليمين الفاجرة وقال ابن مسعود وابن عباس كنا نعد اليمين الغموس من الكبائر التي لا كفارة فيها وهو اشارة الى الصحابة وحكاية لاجماعهم ولانها كبيرة محضة والكفارة عبادة فلا تناط بها كسائر الكبائر وهذا لان المشروعات للاداء للعباد دلالة اقسام عبادة محضة وسببها مباح وعقوبة محضة وسببها محظور محض ومتردد بين العبادة والعقوبة وهي الكفارة لانها عبادة من وجه حتى تتادى بالصوم ويشترط فيها النية وعقوبة من وجه لانها شرعت اجزية زاجرة كالحدود فيكون سببها ايضا مترددا بين الحظر والاباحة لتكون العبادة متعلقة بالمباح والعقوبة بالمحظور كسائر الكفارات مثل كفارة الظهار فانها تتعلق بالمنكر من القول الزور والعود وكفارة القتل تجب بالخطا وهو بالتقصير في التثبت وهو محظور وبالحركة المباحة مثل المشي في الطريق وكذا كفارة اليمين تجب بالحلف والحنث والاول مباح والثاني محظور واما الغموس فمحظور محض لان الكذب بدون الاستشهاد بالله تعالى حرام فلا يصلح سببا للكفارة الا ترى ان اللعان استشهاد بالله واحدهما كاذب بيقين ولم يوجب الشارع على الكاذب منهما الكفارة واجمع المسلمون على ذلك فمن اوجبه في اليمين الفاجرة صار مخالفا للنص والاجماع وهذا لانه عليه السلام اخبر ان احدهما كاذب فقال هل فيكما من تائب فبين ان الواجب على الكاذب منهما في عينه التوبة لا غير ولو كانت الكفارة تجب بها لبين له ان عليه اربع كفارات ولا حجة له فيما تلا لان المراد بها المعقودة والذي يدل على ذلك ان الله تعالى امر بحفظ الايمان بعد ما شرع الكفارة فيها بقوله تعالى واحفظوا ايمانكم والحفظ انما يتاتى في المستقبل الذي يقبل التضييع والغموس لا يتصور ذلك فيها فلا يتناولها الاية وكذا العقد لا يكون الا فيما يقبل الحل لانه ضده قال قائلهم خطرات الحب تروح وتغدو والقلب المحتمل وعقد ۞

ومعه من زيادة ... لانه ... تعالى ... الكذب

والمؤاخذة المطلقة يراد بها المؤاخذة في الآخرة لأنها دار الجزاء فيحمل عليها وقياسه على المعقود فاسد لأن
المعقود مباحة ولا إثم بمباشرتها ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار الحنث ابتداء فيه ذلك ولو
والإثم في الغموس ملازم وهو أعظم جرمًا فامتنع الإلحاق وقال محمد رحمه الله في اللغو فهذه يمين نرجو
أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها مع أن عدم المؤاخذة مقطوع به لكونه ثابتًا بالكتاب وإنما قال ذلك لأن في
صورتها اختلافًا فمذهب عائشة رضي الله عنها أن اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد سواء كان في الماضي
أو في المستقبل مثل أن يقول لا والله بلى والله وقد روي عن أبي حنيفة مثله ومذهب ابن عباس مثل مذهبنا
وهو الحلف على يمين كاذبة وهو يرى أنه صادق وهذا يكون في الماضي والحال فلاحتمال أن يكون صادقًا
خلاف ذلك علقه بالرجاء يعني نرجو أن يكون هذه الصورة هي التي لا يؤاخذ بها أو قال ذلك تعظيمًا للأمر
وإظهارًا للتواضع لأنه يذكر لذلك كما يذكر للطمع **قال** وعلى آت منعقدة وفيه كفارة فقط أي اليمين
على شيء سيأتي في المستقبل منعقدة وحكم هذه اليمين وجوب الكفارة عند الحنث لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم
بما عقدتم الأيمان فكفارته الآية والمراد بها اليمين في المستقبل يدل عليه قوله تعالى واحفظوا أيمانكم ولا
يتصور الحفظ عن الحنث والهتك إلا في المستقبل ولأن الله تعالى قال بما عقدتم الأيمان والعقد
يقتضي ارتباط الكلام بالكلام على وجه يتعلق بهما حكم فيصير عقدًا شرعيًّا كسائر العقود الشرعية
ولأنه تعالى قال ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها والنقض يكون في موضع العقد وهذا إنما يتصور
في المستقبل وقوله وفيه كفارة فقط لا معنى لقوله فقط لأن في اليمين المنعقدة إثمًا أيضًا ولفظ
الكفارة تنبئ عنه لأن معناها الستارة وهي لا تجب إلا لرفع المأثم **قال** ولو مكرهًا أو ناسيًا
يعني تجب فيها الكفارة إذا حنث ولو كان حلف مكرهًا أو ناسيًا لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد
وهزلهن جد وعد منها اليمين وقد بيناه من قبل والمراد بالناسي المخطئ كما إذا أراد أن يقول اسقني
الماء فقال والله لا أشرب الماء وذكر في الكافي أنه المذهول عن التلفظ به بأن قيل له ألا تأتينا فقال بلى والله
غير قاصد لليمين وإنما ألجأنا إلى هذا التأويل لأن حقيقة النسيان في اليمين لا يتصور **قال** أو حنث
كذلك أي وحنث مكرهًا أو ناسيًا بعدما يجب الكفارة ولو كان حلف مكرهًا أو ناسيًا أو حنث مكرهًا أو
ناسيًا بأن فعل المحلوف عليه مكرهًا أو ناسيًا لأن الفعل حقيقة لا ينعدم بالإكراه والنسيان وتحقق الفعل
منه هو الشرط والحنث ناسيًا متصور فلا يحتاج إلى التأويل وكذا لو فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق
الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب كما أدير
على السفر لا على حقيقة المشقة **قال** واليمين بالله تعالى والرحمن والرحيم وعزته وجلاله وكبريائه
وأقسم وأحلف وأشهد وإن لم يقل بالله ولعمر الله وايم الله وعهد الله وميثاقه وعلي نذر ونذر الله
وإن فعل كذا فهو كافر أي اليمين بهذه الألفاظ لأن الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة
حاصل بها أما الحلف بالله تعالى والرحمن أو غيره من أسمائه تعالى فظاهر لأنه يعتقد تعظيم الله تعالى
فيصلح ذكره حاملًا أو مانعًا سواء تعارف الناس الحلف به أو لم يتعارفوا في الظاهر من مذهب أصحابنا
وهو الصحيح لأن اليمين بالله تعالى ثبت نصًّا لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفًا فليحلف بالله
أو ليصمت متفق عليه والحلف بسائر أسمائه حلف بالله تعالى وما ثبت بالنص أو دلالة لا يراعى

تكون صح

فيه العرف ولهذا لا يحتاج فيه إلى النية أنه أراد به الحق أو غيره وقال بعض أصحابنا كل اسم لا يسمى
به غير الله تعالى كالله والرحمن فهو يمين مطلقًا وما يسمى به غير الله تعالى كالحليم والحكيم والعليم ونحو
والقادر فإن أراد به الله كان يمينًا وإلا فلا وهذا ليس بصحيح لأن اليمين بغير الله منهي عنه بقوله
صلى الله عليه وسلم إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت متفق عليه
وقال ابن مسعود لأن أحلف بالله كاذبًا أحب إلي من أن أحلف بغير الله صادقًا والظاهر من حاله أنه لا
يباشر المحرم وأنه قصد يمينًا صحيحة فيحمل عليه ما لم ينو خلاف ذلك فإن نوى خلافه لا يكون يمينًا
لأنه نوى محتمل كلامه فيصح هذا إذا حلف بأسماء الله تعالى وأما إذا حلف بصفاته كعزة الله وكبريائه
وجلاله فإن كان متعارفًا بأن كان يحلف به عادة يكون يمينًا وما لا فلا وقال بعضهم إن حلف بصفات
الذات يكون يمينًا وإن حلف بصفات الفعل لا يكون يمينًا والفرق بينهما عندهم أن كل وصف جاز أن
يوصف الله تعالى به وبضده فهو من صفات الفعل كالرضا والغضب والسخط والرحمة والمنع والإعطاء
وكل ما لا يجوز أن يوصف به لا بضده فهو من صفات الذات كعزة الله وكبريائه وجلاله وقدرته والصحيح
الأول لأن صفات الله كلها صفات للذات وكلها قديمة فلا يستقيم الفرق والأيمان مبنية على العرف
فما تعارفه الناس الحلف به يكون يمينًا وما لا فلا ولو قال وعلم الله لا يكون يمينًا لأنه يراد به المعلوم ولأنه
لا يتعارف الحلف به ولو نوى العلم الحقيقي لا يكون يمينًا لعدم العرف وقدرة الله يكون يمينًا للعرف وقوله
أقسم أو أحلف أو أشهد إنما كان يمينًا وإن لم يقل بالله لأن هذه الألفاظ مستعملة في الحلف وهذه
الصيغ للحال حقيقة ويستعمل في الاستقبال بقرينة السين وسوف وإذا أو لن أو على أو أن فجعل حالفًا
بها للحال ألا ترى إلى قوله تعالى قالوا نشهد إنك لرسول الله ثم قال اتخذوا أيمانهم جنة فسماه يمينًا وإن
لم يذكروا الاسم فدل أن الشهادة يمين وأن ذكر الاسم ليس بشرط وقال زفر لا يكون يمينًا إلا إذا قال
بالله لأنه يحتمل الحلف بالله وبغيره أو يحتمل الوعد ولنا ما بينا ولأن اليمين بالله تعالى هو المعهود
المشروع وبغيره محظور فينصرف إلى الأول بلا نية في الصحيح لما ذكرنا ولو كان وعدًا لكان مع اسم الله
أيضًا وعدًا ولو قال سوكند ميخورم بخداي يكون يمينًا لأنه للحال ولو قال سوكند ميخورم قيل لا يكون
يمينًا لأنه وعد ولو قال سوكند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينًا لعدم التعارف وإنما كان حالفًا بقوله
لعمر الله وايم الله وعهد الله وميثاقه وعلي نذر ونذر الله لأن عمر الله بقاؤه وهي صفة له وقد
ذكرنا الحلف بالصفات وايم أصله أيمن وهو جمع يمين عند الكوفيين وحذف الهمزة في الوصل تخفيفًا
وكذا حذفوا النون تخفيفًا فقالوا ايم الله وإيم الله بالكسر أيضًا وربما حذفوا الياء أيضًا فقالوا أم الله
وربما يقولوا الميم وحدها مضمومة ومكسورة فقالوا م الله وربما قالوا من الله ومن الله ومن
الله بالضم والفتح والكسر وعند البصريين ليست جمعًا والهمزة للوصل والجمع لا يجوز أن يخفف حتى يبقى
على حرف واختار الزجاج وابن كيسان قول الكوفيين وقالا إنما خففت همزتها وطرحت في الوصل
لكثرة استعمالهم والمفرد لا يأتي على أفعل إلا آنك وأسنمة وأملح لغة والعهد يمين قال الله تعالى
وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ثم قال ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها والميثاق بمعنى العهد وكذا
الذمة ولهذا يسمى المعاهد ذميًّا والنذر إذا لم يسم شيئًا يوجب الكفارة لقوله عليه السلام كفارة النذر

اذا لم يسم شيئا كفارة يمين رواه ابن ماجة والترمذي وصححه وهذه المسئلة على وجهين اما ان يكون النذر
مطلقا او معلقا بشرط وكل واحد منهما على وجهين اما ان يسمي شيئا او لا ففي حاصله انه ان لم يسم شيئا في المطلق
والمعلق يجب عليه كفارة يمين لكن في المطلق يجب للحال وفي المعلق اذا وجد الشرط وان سمى شيئا ففي المطلق
يجب الوفاء به وكذا في المعلق ان كان المعلق بشرط يراد كونه وان كان لا يراد كونه قيل يجب عليه الوفاء
بالنذر وقيل يجزيه كفارة اليمين ان شاء وان شاء اوفى بالمنذور وهو الصحيح رجع اليه ابو حنيفة
قبل موته بثلثة ايام وقيل بسبعة وكذا لو قال على يمين يجب عليه كفارة لان معناه على موجب اليمين وانما
يصير قوله ان فعل كذا فهو كافر يمينا لان حرمة الكفر حرمة هتك الاسم اذ لا يتصور نسخه عقلا فاذا جعله
علما على الكفر فقد اعتقده واجبا لامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم
الحلال وان كان قال ذلك لشيء قد فعله في الماضي فان كان صادقا فلا شيء عليه وكذا اذا حنث بان ذاته صادق
عنده وانه كان يعلم انه كاذب يكفر عند محمد بن مقاتل لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود تنجيز
فصار كانه قال هو كافر وعن ابي يوسف انه لا يكفر اعتبارا للماضي بالمستقبل والصحيح انه كان عالما
انه يمين لا يكفر في الماضي والمستقبل وان كان جاهلا او عنده انه يكفر بالحلف في الغموس وبمباشرة الشرط
في المستقبل يكفر فيهما لانه لما اقدم عليه وعنده انه يكفر فقد رضي بالكفر وقال الشافعي لا يكون يمينا لانه
تعليق المعصية بالشرط فصار كما لو قال ان فعل كذا فهو زان او شارب خمر ونحوه ولنا ما روي عن ابن عباس
انه قال من حلف باليهود فهو يمين ولان حرمته هتك الاسم اذ لا يحتمل التبديل على ما بينا بخلاف الزنا وشرب
الخمر لانه يحتمل التبديل عقلا فلا يكون كالكفر في الحرمة قال ولا بعلمه وغضبه وسخطه ورحمته
والنبي والقران والكعبة وحق الله وان فعلته فعلي غضب الله وسخطه او انا زان او شارب خمر او اكل ربا
اي الحلف بهذه الالفاظ لا يكون يمينا اما قوله وغضبه وسخطه ورحمته والقران والكعبة والنبي وحق
الله فلما روينا ولما بينا ان اليمين لا يكون بغير الله لان العلم يراد به المعلوم والغضب والسخط يراد بهما اثره
وهو النار وكذا الرحمة يراد بها اثرها وهي الجنة والقران يراد به الحروف التي في اللهوات والنقوش
التي في المصاحف ولان قوله علي غضب الله ونحوه دعا على نفسه ولا تعلق له بما حنث فيه وكذا لم يجر العادة
بالتحالف به وكذا اذا قال والنبي والقران والكعبة لا فعلن كذا واما اذا قال هو بريء من احد هذه
الاشياء يكون يمينا لان التبري منه كفر والحق المضاف الى الله تعالى طاعته فقيل للنبي صلى الله عليه وسلم
ما حق الله على العباد فقال ان لا يشركوا به شيئا ويعبدوه ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة والحلف بالطاعة
لا يكون يمينا لانه حلف بغير الله تعالى بخلاف ما اذا قال والحق لانه اسم من اسماء الله وعن ابي يوسف
يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وجوابه ما تقدم ولو قال حقا لا يكون يمينا لان المنكر منه
يراد به تحقيق الوعد فكانه قال افعل هذا حقيقة لا محالة ولو قال ووجه الله لا يكون يمينا وعن ابي يوسف
انه يكون يمينا لان الوجه يذكر بمعنى الذات قال الله تعالى ويبقى وجه ربك ووجه الاول انه يراد به الذات
ويراد به الثواب يقال افعل هذا لابتغاء وجه الله تعالى اي ثوابه ولو قال وامانة الله يكون يمينا في رواية
عن محمد ولما سئل عن معناه فقال لا ادري كانه وجد الناس يحلفون به فجعله يمينا وعن ابي يوسف
انه لا يكون يمينا لاحتمال انه اراد به الفرائض واما قوله ان فعلته فعلي غضب الله وسخطه او انا زان

او سارق او شارب خمر او اكل ربا فلعدم التعارف بالحلف بها بخلاف قوله هو كافر لان العادة جارية
بالحلف به وقد بينا الفرق بينهما من حيث المعنى قال وحروفه البا والواو والتا اي حروف القسم
هذه الثلثة كقوله بالله ووالله وتالله لان ذلك معهود في الكلام ومذكور في القران والباء هي الاصل في
ام الباب تدخل على الظاهر والمضمر كقوله بالله وبه ويجوز اظهار الفعل معها تقول حلفت بالله والواو
بدل عن البا تدخل على المضمر كقوله والله والرحمن ولا تدخل على المضمر لا يقال وك ولا وه مثل ما
يقال بك وبه ولا يجوز اظهار الفعل معها لا تقول احلف والله كما تقول احلف بالله والتاء بدل من
الواو وهي تدخل على لفظة الله خاصة تقول تالله قال الله تعالى تالله تفتؤ تذكر يوسف ولا تقول
تالرحمن ولا تالرحيم والحق الاخفش تالله ترب الكعبة وهو شاذ ولا يجوز اظهار الفعل معها لا
تقول احلف تالله ولا اقسم تالله وله حروف اخر وهي لام القسم وحرف التنبيه وهمزة الاستفهام
وقطع الف الوصل والميم المكسورة والمضمومة في القسم ومن كقوله لله وها الله واالله وم
الله ومن الله واللام بمعنى التا ويدخلها معنى التعجب وربما جاءت التا بغير التعجب دون اللام
وقد تضمر اي قد تضمر حروف القسم فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف الحرف متعارف
بينهم اختصارا ثم اذا حذف الحرف ولم يعوض منه ها التنبيه ولا همزة الاستفهام ولا قطع الف
الوصل لم يجز الخفض الا في اسم الله بل ينصب باضمار فعل او يرفع على انه خبر ابتدا مضمر الا في اسمين
فانه التزم فيهما الرفع وهما ايمن الله ولعمر الله قال وكفارته تحرير رقبة او اطعام عشرة
مساكين كما في الظهار او كسوتهم بما يستر عامة البدن لقوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين
او كسوتهم الاية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة وقوله كما في الظهار اي كالاطعام
والتحرير في الظهار وقد بيناهما هنالك وقوله او كسوتهم بما يستر عامة البدن اي كسوة عشرة
مساكين ثوب يستر عامة الجسد وهو بيان ادنى الكسوة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
والمروي عن محمد ان ادناه ما يجوز به الصلاة حتى يجوز السراويل عنده لانه لابس شرعا اذا لوا
عليه ستر العورة وقد اقامه وروي عنه انه لا يجوز ان اعطى المراة ذلك القدر والصحيح الاول
لان لابسه يسمى عريانا في العرف وهو المعتبر في المطلقات وذلك قميص او ازار او ردا او لفافة
ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة ولا يجوز الجمع بين الكسوة والاطعام بخلاف
جزاء الصيد حيث يجوز الجمع فيه بين الاطعام والصوم والهدي على ما بينا من قبل في المناسك واجازوا
هنا اعتبار القيمة في المنصوص لاختلاف المقصود ولم يجيزوا ذلك في الاطعام حتى لا يجوز اقامة
البر مقام التمر لاتحاد المقصود وهو الاطعام ولا يشترط فيه جعله عن الاطعام في الظاهر خلافا
لما يروى عن ابي يوسف وقال محمد لا يجوز نوى او لم ينو قال وان عجز عن احدها صام ثلثة ايام
متتابعة وقال الشافعي يخير لاطلاق النص ولا يلزم حمل هذا المطلق على المقيد بالتتابع في هاتين
الظهار وكفارة القتل لان ذلك اذا كان غير متعارض بين المقيدين واما اذا تعارضا فلا لان
حمله على احدهما ليس باولى من حمله على الاخر وهنا تعارضا لان كفارة الظهار مقيدة بالتتابع
وكذا كفارة القتل وصوم المتعة مقيد بالتفرق فتعارضا فبقي المطلق على اطلاقه لعدم الاولوية

ولنا قراءة ابن مسعود وابي بن كعب ثلثة ايام متتابعات فجاز التقييد بها لانها مشهورة فصارت كالخبر المشهور ولا يلزمنا انا لا نحمل المطلق على المقيد لان ذلك اذا كانا في السبب او في حكمين واما اذا كانا في حكم واحد فنحمله وقوله صوم المتعة مقيد بالتفرق ممنوع بل هو مطلق وانما التفرق في صوم السبعة في شهر الحج لان وقته لم يدخل لانه تعلق بالرجوع الا ترى انه لو صامه فيها متفرقا لا يجوز ايضا ثم العسر واليسار يعتبر وقت التكفير عندنا وقال الشافعي يعتبر عند الحنث حتى لو حنث وهو موسر ثم اعسر جاز له التكفير بالصوم عندنا وبعكسه لا يجوز وعنده على العكس هو يعتبره بالحد فانه يعتبر فيه التنصيف بالرق وقت الوجوب ولنا ان الصوم بدل عن التكفير بالمال فيعتبر فيه وقت الاداء كالتيمم بدل عن الماء فيصار اليه عند عدم الماء وقت الاستعمال والشرط في الموضعين عدم الاصل بالنص بخلاف الحد فانه لا يعتبر بدلا للحد بل يشرع بدل عن حد الاحرار **قال** ولا يكفر قبل الحنث يعني لا يجوز التكفير قبل الحنث وقال الشافعي يجوز التكفير بالمال قبل الحنث لقوله عليه السلام اذا حلفت على يمين فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير رواه النسائي وابو داود وهذا صريح في جواز تقديم الكفارة لان كلمة ثم للترتيب ولانه ادى بعد وجوب السبب وهو اليمين بدليل اضافتها اليها فيجوز كما لو كفر بعد الجرح قبل زهوق الروح وكما اذا كفر بعد الظهار وقبل العود ولان الوجوب حاصل بالسبب ووجوب الاداء متراخ عنه بالشرط والمالي يحتمل الفصل بين وجوبه ووجوب ادائه اما البدني فلا يحتمل الفصل فلما تاخر الاداء لم يثبت الوجوب لان الفعل لما وجب وجب اداؤه اذ الصوم هو الاداء بعينه بخلاف المالي لان المال مع الفعل متغايران فجاز ان يتصف المال بالوجوب ولا يثبت وجوب الاداء الا ترى ان الثمن يجب بمجرد البيع ولا يجب الاداء ما لم يطالب وكذا في الديون المؤجلة يجب المال ولا يجب الاداء ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية قبل الحنث واليمين ليست بسبب وجوب الكفارة لان ادنى درجات السبب ان يكون مفضيا الى الحكم طريقا له واليمين مانعة من الحنث محرمة له فكيف يكون سببا له ولهذا لا يجب الا بعد انتقاض ترتب اليمين بالحنث ويستحيل ان يقال في شيء انه سبب لحكم لا يثبت ذلك الحكم الا بعد انتقاضه بخلاف الجرح لانه مفض الى الموت ولهذا يجامعه الموت وهنا يستحيل اجتماعهما وبخلاف كفارة الظهار لان الكفارة لرفع الحرمة وهي ثابتة قبل العود وفي اليمين لستر الجناية وهي معدومة قبل الحنث ولئن قلنا انه سبب فانما يصير سببا وقت الحنث وقبله سبب للبر وكم من شيء يكون سببا لشيء ثم يجعله الناس سببا لغيره كانزال القرآن للهدى والكفار جعلوه سببا للضلال وتاويل ما رواه ان صح ان كلمة ثم فيه بمعنى الواو لانها قد تكون بمعنى الواو كقوله تعالى فك رقبة او اطعام في يوم ذي مسغبة يتيما ذا مقربة او مسكينا ذا متربة ثم كان من الذين امنوا تقديره وكان قبل ذلك لان الاعمال الصالحات قبل الايمان لا يعتد بها ولهذا لا يجب عليه التكفير قبل الحنث ولو كان كما قاله لوجب التكفير اولا ثم الحنث بعده معمولا بالامر بكلمة ثم على زعمه ولا يلزم من الاضافة اليه ان يكون سببا له لان الاضافة الى غير السبب كالشرط وغيره

جائز الا ترى انه يقال كفارة الصوم وكفارة الاحرام والصوم ليس سببا لوجوبها وكذا الاحرام ولان الكفارة خلف عن البر فلا يصار اليها ما دام البر باقيا ولا يعتد به ان فعله كما لا يصار الى التيمم ولا يعتد به اذا فعله مع القدرة على الماء وهذا لان الكفارة توبة قال الله تعالى في كفارة القتل توبة من الله والتوبة قبل الجريمة لا يعتد بها كالطهارة قبل الحدث ولهذا لا يجوز التكفير بغير المال ولو كان سببا كما قاله لجاز كفارة القتل فانه بالصوم بعد الجرح وفرقه بين المالي والبدني ساقط لان حق الله تعالى في المال فعل الاداء والمال آلته وانما يقصد عين المال في حقوق العباد لحاجتهم اليه ولا يقال ان الله تعالى رتب الكفارة على اليمين بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته فالفاء للوصل والتعقيب فيقتضي ان تجوز الكفارة بعد اليمين متصلا بها وقال ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم جعلها كفارة اليمين ورتبها على الحلف لا على الحنث لانا نقول الحنث مضمر فيه تقديره فكفارته اذا حنثتم وتقدير الاخرى اذا حلفتم وحنثتم كما اضمر الفطر بقوله تعالى فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر اي فافطر فعدة من ايام اخر وكقوله اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا اي اذا قمتم اليها وانتم محدثون ولو كان كما قاله لما اختص بالمالي على ما ذكرنا ولو قدم التكفير لا يسترد من الفقير لانه وقع صدقة تطوعا كما اذا قدم الزكاة قبل الحول ثم ذهب المال **قال** ومن حلف على معصية ينبغي ان يحنث اي يجب عليه ان يحنث لما روينا ولقوله عليه السلام لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ابن آدم ولا في معصية ولا في قطيعة رحم رواه النسائي وابو داود وهو محمول على نفي الوفاء بالمحلوف عليه ولان البر معصية ايضا كالحنث لهتك حرمة الاسم فيجب المصير الى اخفهما اثما وهو الحنث لانه يرخص له شرعا بما روينا وما ملزم المعصية في البر ليس بمرخص له فوجب الاخذ بالمرخص ولان في الحنث فوات البر الى جابر وفي البر لزوم المعصية بلا جابر فيجب الحنث لان الفوات الى خلف كلا فوات **قال** ولا كفارة على كافر وان حنث مسلما وقال الشافعي يجب عليه الكفارة وان حنث كافرا لان اليمين يعقد للبر وهو اهل له لان البر يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله تعالى فيحمله اعتقاده على البر ولهذا يستحلف في الدعاوى والخصومات ولنا قوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر انهم لا ايمان لهم ولانه ليس باهل لليمين لان المقصود منها البر تعظيما لله تعالى والكافر ليس من اهله لانه هاتك حرمة الاسم بالكفر والتعظيم مع الهتك لا يجتمعان والبر لا يتحقق الا من المعظم بخلاف الاستحلاف في الخصومات لانه اهل المقصود وهو النكول والاقرار وليس باهل للكفارة لانها عبادة ستارة كاسمها ومعنى العقوبة فيها تابع ويستحيل منه العبادة لانه ليس باهلها ولا لحكمها وهو الثواب فلا يشرع في حقه اصلا **قال** ومن حرم ملكه لم يحرم اي من حرم على نفسه شيئا مما يملكه بان يقول مالي علي حرام او ثوبي او جاريتي فلانة او ركوب هذه الدابة لم يصر محرما عليه لذاته لانه قلب المشروع وتغييره ولا قدرة له على ذلك بل الله تعالى هو المتصرف في ذلك بالتبديل **قال** وان استباحه كفر اي ان اقدم على ما حرمه يلزمه كفارة اليمين لانه ينعقد يمينا فصار حراما لغيره وقال الشافعي لا كفارة عليه لانه قلب الموضوع على ما ذكرنا فلا ينعقد به اليمين الا في النساء والجواري ولنا قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك ثم قال

قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم وقال انس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت له
امة يطاها فلم تزل به عائشة وحفصة حتى حرمها على نفسه فانزل الله عز وجل يا ايها النبي لم
تحرم ما احل الله لك الى اخر الاية رواه النساي وقال ابن عباس رضي الله عنهما اذا حرم الرجل
امراته فهي يمين يكفرها وقال لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة متفق عليه وفي لفظ انه
اتاه رجل فقال اني جعلت امراتي علي حراما فقال كذبت ليست عليك بحرام ثم تلا هذه الاية يا ايها
النبي لم تحرم ما احل الله لك عليك اغلظ الكفارات عتق رقبة رواه النساي وقيل انه عليه
السلام كان حرم العسل على نفسه والتمسك بالنص ظاهر لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب
ولان التحريم لما صار يمينا في الجواري صار في جميع المباحات ايضا يمينا دلالة اذ لا فرق بين مباح
ومباح ولان لفظه يقتضي ان تكون الحرمة ثابتة لعينها الا انه ليس له ذلك لما ذكرنا فتثبت
الحرمة لغيره بما هو موجب اليمين فان المحلوف عليه حرام من حيث انه حنث وان كان فعله مباحا
في نفسه ولان حرمة الحلال بسبب اليمين فالمنصوص عليه يحتمل كالمنصوص على السبب مجاز
ولو وهب ما جعله حراما او تصدق به لم يحنث لان المراد بالتحريم حرمة الاستمتاع عرفا لا حرمة
الصدقة والهبة وقوله ومن حرم ملكه وقع اتفاقا فانه لا يشترط في اليمين ان يكون مالكا له حتى
لو قال لملك فلان او ما له علي حرام يكون يمينا الا اذا اراد به الاخبار عن الحرمة قال كل حل علي
حرام فهو على الطعام والشراب للعرف الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث وهو قول زفر
لان كلمة كل للعموم وقد باشر فعلا مباحا كما فرغ من يمينه وهو التنفس ونحوه وجه الاستحسان
ان المقصود هو البر ولا يحصل مع اعتبار العموم فيسقط اعتباره فاذا سقط ينصرف الى الطعام
والشراب للتعارف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المراة الا بالنية لسقوط اعتبار
العموم واذا نواها كان ايلا ولا ينصرف اليمين عن الماكول والمشروب لما فيه من التخفيف وهذا
كله جواب ظاهر الرواية قال والفتوى على انه يبين امراته بلا نية لغلبة الاستعمال فيه
وان لم يكن له امراة ذكر في النهاية معزيا الى النوازل انه يجب عليه الكفارة وكذا ينبغي في قوله حلال
بروي حرام واختلفوا في قوله هرچه بردست راست كيرم بروي حرام في انه هل يشترط فيه
النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف قال رحمه الله ومن نذر نذرا مطلقا او معلقا
بشرط ووجد وفى به اي وفى بالمنذور هذا اذا سمى شيا وان لم يسم فعليه كفارة يمين فيهما اعني في
المطلق والمعلق لكن يجب في الحال في المطلق وعند وجود الشرط في المعلق لان المعلق كالمنجز
عنده وقد بينا المسالة وتفصيلها فيما تقدم قال ولو وصل بحلفه ان شاء الله بر لقوله صلى الله
عليه وسلم من حلف على يمين فقال ان شاء الله فلا حنث عليه رواه النساي والترمذي وعن العبادلة
الثلثة موقوفا ومرفوعا من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى ومن استثنى فلا حنث عليه
ولا كفارة وشرط ان يكون موصولا لانه بعد الانفصال رجوع ولا رجوع في الايمان وعن ابن عباس انه
كان يجوز الاستثنا المنفصل لقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت اي اذا نسيت الاستثنا موصولا
فاستثن مفصولا ويودي هذا القول الى ان يكون العقود الشرعية كلها غير ملزمة واخراجها من

يكون معه لاحكامها لانه يبيع او يتزوج او يطلق ثم يستثني اي وقت شا فلو كان هذا صحيحا لما
احتيج الى الزوج الثاني حتى يحل للاول فيما اذا طلقها ثلثا بل كان يومر بالاستثنا حتى يبطل الطلقات
الثلث به ولذا بين الله تعالى ورسوله احكام الحنث في الايمان ولو كان الاستثنا المفصول
جائزا لامر به حتى لا يلزمه الحنث ولا الاثم ومعنى الاية اذا نسيت في اول الكلام فاذكره في اخره
موصولا وروي ان محمد بن اسحاق صاحب المغازي كان عند المنصور وكان يقرا عنده المغازي وابو حنيفة
كان حاضرا فاراد ان يغري الخليفة عليه فقال ان هذا الشيخ يخالف جدك في الاستثنا المنفصل
فقال له ابلغ من قدرك ان تخالف جدي فقال ان هذا يريد ان يفسد عليك ملكك لانه اذا جاز الاستثناء
المنفصل فبارك الله لك في عهودك اذا فان الناس يبايعونك ويحلفون ثم يخرجون ويستثنون
ثم يخالفون ولا يحنثون فقال نعم ما قلت وغضب على محمد بن اسحاق واخرجه من عنده وقال
لابي حنيفة استر هذا علي ثم الاستثنا مبطل للكلام ومخرج له من ان يكون عزيمة عند ابي حنيفة
ومحمد وعند ابي يوسف هو بمعنى الشرط وعند مالك رحمه الله لا عمل للاستثنا بل يلزمه حكم اليمين
وغيره لان الامور كلها بمشية الله ولا يتغير بذكره حكم الاول وانما يذكر تبركا والحجة عليه ما روينا
وفي قوله تعالى حكاية عن قول موسى للخضر عليهما السلام ستجدني ان شاء الله صابرا اما رد قوله لانه لم
يصبر ولم يعاتب على ذلك ولو كان كما قاله لعوتب لان الوعد من الانبيا عليهم السلام كالعهد من غيرهم
واراد بقوله بر عدم الانعقاد لان فيه عدم الحنث كالبر فاطلق عليه والله اعلم

باب اليمين في الدخول والسكنى والخروج والاتيان وغير ذلك

اعلم ان الايمان عندنا مبنية على العرف وعند الشافعي على الحقيقة لان الحقيقة احق بالارادة وعند
مالك على معاني كلام القران لانه نزل على اصح اللغات وافصحها قلنا ان غرض الحالف ما هو المعهود
المتعارف عنده فيتقيد بغرضه ولهذا لو حلف لا يجلس على الفراش او على البساط او لا يستضي بالسراج
لا يحنث بجلوسه على الارض ولا بالاستضاءة بالشمس قال رحمه الله حلف لا يدخل بيتا لا يحنث
بدخول الكعبة والبيعة والكنيسة والدهليز والظلة والصفة لان البيت ما اعد للبيتوتة
وهذه البقاع ما بنيت لها وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يكون داخلا وهو مسقف يحنث
لانه يبات فيه عادة والظلة هي الساباط الذي يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء وهي ليست
ببيت لانه لا يبات فيها وكذا اذا كان فوقها بنا الا ان مفتحه الى الطريق لا يحنث اذا كان عقد يمينه على
بيت شخص بعينه لانه ليس من جملة بيته وذكر صاحب الحصر ان الظلة هي التي احد طرفي جذوعها
على هذه الدار وطرفها الاخر على حايط الجار المقابل وفي المغرب الظلة كل ما اظلك من بنا او جبل
او سحاب اي سترك والقى ظله عليك وقول الفقها ظلة الدار يريدون بها السدة التي فوق الباب
وفي طلبة الطلبة هي التي تظل عند باب الدار وفي الصحاح كهيئة الصفة وفي الجامع الصغير
يحنث بدخول الصفة لانها تبنى للبيتوتة فيها في الصيف قيل هذا على عرف اهل الكوفة لان صفافهم
كانت ذات حوايط اربعة والظاهر من عرف ديار صاحب هذا المختصر لا تبنى على هيئة البيوت
بل تبنى ذات حوايط ثلثة على ما هو المعتاد فلا يكون بيتا فلهذا قال لا يحنث ويمكن ان لا يحنث مطلقا

عنده كما ذكر في المبسوط انها لا يطلق عليها اسم البيت بل ينفى عنها فيقال هذه صفة وليست بيت
وقال صاحب النهاية الاصح عندي ان يحنث لان البيت اسم لشيء مسقف مدخله من جانب واحد
وهو مبني للبيتوتة فيه وهذا موجود في الصفة الا ان مدخلها اوسع من مدخل البيوت المعروفة
فكان اسم البيت متناولا لها فيحنث بسكناها الا ان يكون نوى البيوت دون الصفاف فحينئذ يصدق
فيه وبين الله تعالى لانه خص العام بنيته **قال** وفي دار لا يدخلها خربة وفي هذه الدار يحنث
وان بنيت دارا اخرى بعد الانهدام اي في حلفه لا يدخل دارا لا يحنث بدخول الدار الخربة وفيما اذا
قال لا ادخل هذه الدار يحنث اذا دخلها بعدما انهدمت ولو بنيت دارا اخرى بعد ذلك لان الدار
اسم للعرصة في كلام العرب يقال دار عامرة قال لبيد عفت الديار محلها فمقامها بمنى تأبد غولها
فرجامها وقال النابغة يا دار مية بالعلياء فالسند اقوت وطال عليها سالف الابد والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الغائب
لغو لان حين دعا الى اليمين وحاملا عليها وان كانت حاملة على اليمين يعتبر الصفة فيتقيد بها اليمين
كمن حلف لا يأكل هذا البسر او هذا الرطب فصار تمرا او رطبا فاكله لا يحنث الا اذا كانت الصفة
مهجورة شرعا فحينئذ لا يعتبر وان كانت حاملة كمن حلف لا يكلم هذا الصبي لا يتقيد اليمين بزمان
صباه لان صباه وان كان حاملا على اليمين لكن هجر الصغير لاجل صغره مهجور شرعا قال عليه السلام
من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفي ترك الكلام ترك الترحم عليه فكان مهجورا فتعلقت
اليمين بالذات دون الصفة فصار كانه قال لا اكلم هذا فان قيل لو وكل بشرا دار فاشترى دارا
خربة نفذ على الموكل وعلى قياس ما قلتم وجب ان لا ينفذ عليه لان الصفة في المنكر معتبرة قلنا في
الوكالة تعرف من وجه لان الوكالة بشرا دار لا تصح الا اذا بين الثمن والمحلة ومتى بين الثمن والمحلة
من كل وجه فافترقا **فان قيل** لا يخلو اما ان تكون الصفة داخلة في اليمين او لا فان كانت داخلة
وجب ان لا يختلف بين المنكر والمعرف وان لم تكن داخلة فكذلك ايضا كمن حلف لا يكلم رجلا فان يمينه
لم يتقيد بشيء من اوصاف الرجال **قلنا** صفة البنا في الدار متعينة لعدم ما يزاحمها من الاوصاف
بخلاف الرجل فان الاوصاف فيه متزاحمة فتقييده بالكل محال وليس البعض اولى من البعض فيسقط الكل
وقال ابو الليث ان كانت اليمين بالفارسية لا يحنث الا بدخول المبنية **قال** وان جعلت بستانا
او مسجدا او حماما او بيتا لا كهذا البيت فهدم او بني اخر يعني فيما اذا حلف لا يدخل هذه الدار فخربت
فجعلت بستانا او مسجدا او حماما او بيتا لا يحنث بدخوله فيه كما لا يحنث فيما اذا حلف لا يدخل هذا
البيت فهدم ثم دخله او بني بيتا اخر فدخله لانها لم تبق دارا بعدما اعترض اسم اخر عليها لان بقاء
الاسم يدل على بقاء المسمى وزواله على زواله بخلاف ما اذا انهدمت دارا لان الاسم كان باقيا وهي صحرا
حتى يحنث بالدخول فيها فاذا انبنت لم يتبدل اسمها ولو انهدم الحمام ونحوه فدخله لم يحنث وكذا
لو بنيت دارا بعد انهدام هذه الاشيا لانه بالانهدام لم يعد اسم الدار لبقاء اسم المسجد والحمام
ونحوه فيه وان اعاد الاسم بالبناء لكنه بصيغة جديدة فكان غير المحلوف عليه والبيت اسم لما يبات
فيه وبعد الانهدام زال الاسم لانه لا يصلح للبيتوتة فيه حتى لو سقط السقف وبقيت الحيطان
فدخله يحنث لما ذكرنا في الدار **قال** والواقف على السطح داخل اي لو اقف على سطح الدار
داخل حتى لو حلف لا يدخل دار فلان فوقف على السطح يحنث لان السطح من الدار الا ترى ان سطح المسجد
حكم المسجد حتى لا يبطل الاعتكاف بالصعود عليه ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه ولا يجوز
التخلي فيه والمختار ان لا يحنث في العجم لان الواقف على السطح لا يسمى داخلا عندهم وعلى هذا لو رقى
الى شجرة في الدار او على حائط الدار لا يحنث عندهم ودهليز الدار كدهليز البيت على ما ذكرنا من التفصيل
غير انه لم يشترط ان يكون مسقفا هنا لان اسم الدار يعمه وله بدونه وبدون البنا يحلا في البيت **قال**
وفي طاق الباب لا اي الواقف في طاق الباب ليس بداخل حتى لو حلف لا يدخل هذه الدار او هذا البيت
فوقف على طاق الباب لا يحنث اذا كان بحيث لو اغلق الباب كان خارجا لان الباب وترتيب الغلق لاحراز ما
في الدار والبيت فما كان خارجا منهما لا يوجد المعنى فيه والا فلا ولو ادخل احدى رجليه دون
الاخرى ان استوى الجانبان او كان الجانب الاخر اسفل لم يحنث وان كان الجانب الداخل اسفل حنث
لان جميع بدنه على رجله التي هي في الجانب الاسفل معتبر بتلك دون الاخرى ولو دخل كنيفها وهو شارع
الى الطريق ومفتحه من داخل حنث لانه من توابع الدار وفي الكافي لو حلف لا يدخل بيت فلان ولا نية
له فدخل في صحن داره لم يحنث حتى يدخل البيت لان شرط حنثه الدخول في البيت ولم يوجد ثم قال وهذا
في عرفهم واما في عرفنا فالدار والبيت واحد فيحنث ان دخل صحن الدار وعليه الفتوى ولو حلف لا يدخل
هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود فيها حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان للدوام حكم
الابتدا وجه الاستحسان ان الدخول عبارة عن الانفصال من الخارج الى الداخل ولم يوجد ولو قال
لا ادخل هذه الدار غدا فمكث فيها حتى مضى الغد حنث لما ذكرنا انه عبارة عن الانفصال من الخارج الى الدار
ولم يوجد ولو نوى بالدخول الاقامة فيها دين لانه من محتملات كلامه **قال** ودوام الركوب
واللبس والسكنى كالانشا لا دوام الدخول يعني لدوام هذه الاشيا حكم الابتدا حتى لو حلف لا يلبس هذا الثوب
وهو لابسه او لا يركب هذه الدابة وهو راكبها او لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها واستمر على حاله يحنث
لان هذه الافعال دوام كالحدوث الا ترى انه تضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما
بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى التوقيت وكذا لا يقال لمن هو داخل الدار ادخل هذه الدار
ولا لا تدخل ويقال للقاعد اقعد وكذا يقال له لا تقعد وكذا في نظايره قال الله تعالى فلا تقعد
بعد الذكرى مع القوم الظالمين اي لا تمكث وقال عليه السلام لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية
عليك فدل على ان لدوامه حكم الابتدا ولهذا لو قال لامراته كلما ركبت فانت طالق وهي راكبة فمكثت
ساعة ولم ينزل طلقت وان مكثت ساعة اخرى طلقت اخرى والفارق بينهما ان كل ما يصح امتداده
له دوام كالقعود والقيام والنظر ونحوه وما لا يمتد لا دوام له كالدخول والخروج ولو نزل من
الدابة في الحال او نزع الثوب او انتقل في الحال لا يحنث وقال زفر رحمه الله يحنث لوجود اللبس والركوب
والسكنى بعد اليمين وان قل وذلك كاف للحنث ولنا ان اليمين تعقد للبر ولا يمكن تحقيق البر الا باستثناء
هذه المدة فلا يدخل في اليمين للضرورة وهذا لان الشارع امر بالبر ونهى عن الحنث بقوله واحفظوا
ايمانكم وبقوله ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها فلو لم يستثن زمن البر لكان تكليفا بما ليس في الوسع
فكان مردودا بالنص **فان قيل** اليمين كما تعقد للبر تعقد للحنث ايضا كما في قوله لامسن السماء **قلنا**

هنا لانها ايضا عقدت للبر لتصور البر حقيقة وان لم يتصور عادة وانما يحنث بعد انعقاده للعجز عادة فلا
عقدت للحنث قال لا يسكن هذه الدار او البيت او المحلة فخرج وبقي متاعه واهله حنث اي لو حلف
لا يسكن هذه الاشياء فخرج بنفسه ولم يرد الرجوع وبقي متاعه فيها حنث لان يمينه انعقدت على السكنى
وهي تكون بنفسه وعياله ومتاعه فما لم يخرج الكل فهو ساكن فيها عرفا لان السكنى عبارة عن الكون في مكان
على سبيل الاستقرار والدوام فان من يقعد في المسجد او في السوق لا يعد ساكنا فيه لعدم ما ذكرنا وهي تكون
بهذه الجملة وضدها وهو عدم السكنى يكون باخراجها وان ابت المراة ان تنتقل وغلبته وخرج هو ولم
يرد العود اليه او منع من الخروج بان اوثق او منع متاعه فتركه او وجد باب الدار مغلقا فلم يقدر على فتحه
ولا على الخروج منه لم يحنث بخلاف ما اذا قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامراته طالق فقيد ومنع
من الخروج او قال لامراته ان لم تجيئي الليلة الى البيت فانت طالق فمنعها الذهاب بحيث تطلق فيهما في الصحيح
لان شرط الحنث في مسئلة الكتاب الفعل وهو السكنى وهو مكره فيه ولا اثر للاكراه في اعدام الفعل والشرط
في تلك المسئلة عدم الفعل ولا اثر للاكراه في ابطال العدم ولو كانت اليمين في جوف الليل فلم يمكنه الخروج
حتى اصبح لم يحنث ولو اشتغل بطلب دار اخرى لينقل اليها المتاع فلم يجد اياما لم يحنث لانه لا يعد ساكنا
وكذا لو خرج لطلب دابة لينقل عليها المتاع فلم يجد اياما لم يحنث وكذا لو كانت امتعته كثيرة فاشتغل
بنقلها بنفسه وهو يمكنه ان يستكري دابة فلم يستكر لم يحنث هذا اذا كان الحالف ذا عيال ينفرد
بالسكنى واما اذا كان ساكنا في عيال غيره كالابن في بيت ابيه او بالعكس او الزوجة في بيت الزوج لا
يحنث بترك المتاع لان المعتبر سكنى نفسه لا غير هذا اذا كانت اليمين بالعربية وان كانت بالفارسية فخرج
هو على عزم ان لا يعود فيها لا يحنث وان كان من عزمه ان يعود يحنث قال بخلاف المصر اي بخلاف ما
لو كان اليمين على المصر فخرج بنفسه وترك متاعه واهله فيه لم يحنث لانه لا يعد ساكنا في المصر الذي
انتقل عنه بخلاف الاول فان السوقي يظل نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا وروي ذلك عن ابي يوسف
والقرية كالمصر في الصحيح ثم قال ابو حنيفة فيما اذا حلف لا يسكن هذه الدار او البيت او المحلة لا بد من
نقل المتاع كله حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى ثبت بالكل فيبقى ببقاء شيء منه وقد صار هذا اصلا له حتى
قال ببقاء صفة السكر في العصير يمنع من صيرورته خمرا او ببقاء مسلم واحد في دار ارتد اهلها يمنع من صيرورتها
دار حرب فان قيل الشيء ينتفي بانتفاء جزء منه كالعشرة والدار مثلا ينتفي هذا الاسم بانتفاء جزء منه فينبغي
ان ينتفي السكنى هنا بانتفاء البعض حتى لا يحنث الا بترك الجميع قلنا انما ينتفي الشيء بانتفاء بعضه اذا
كان المجموع من الاجزاء كالعشرة ونحوه واما اذا كان من الافراد فلا ينتفي بانتفاء بعضه كالرجال لا ينتفي بانتفاء
بعض الرجال فانه يبقى بعده للرجال اسم ايضا والسكنى من هذا القبيل لانه يبقى ساكنا باعتبار البعض وقال
مشايخنا رحمهم الله هذا اذا كان الباقي يتاتى به السكنى واما اذا بقي مكنسة او وتد او قطعة حصير فلا
يحنث لانه لا يعد ساكنا فيها وقال محمد رحمه الله يعتبر نقل ما يقوم به السكنى لان ما وراء ذلك ليس من السكنى
قالوا هذا احسن وارفق بالناس وقال ابو يوسف يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر فلا يحنث اذا نقل
الاكثر والا فيحنث وعليه الفتوى وهذا الاختلاف في الامتعة واما الاهل فلا بد من نقل الكل بالاجماع ولو
انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر استدلالا بما ذكر في الزيادات في [illegible] انتقل باهله ومتاعه

الى مكة ليستوطنها فاستوطنها ثم بدا له ان يعود الى خراسان فمر بالكوفة يصلي فيها ركعتين لان الاستيطان
بالكوفة بطل بمكة وان بدا له ان يعود الى خراسان قبل ان يدخل مكة يصلي اربعا بالكوفة لان استيطانه
بها باق ما لم يستحدث وطنا اخر وقال ابو الليث هذا اذا لم يسلم الدار المستاجرة الى اهلها واما اذا سلم
فلا يحنث وان كان هو والمتاع في السكة او في المسجد قال رحمه الله لا يخرج فاخرج محمولا بامره
حنث وبرضاه لا بامره او مكرها لا كلا يخرج الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اي لو حلف لا يخرج
من المسجد مثلا او من غيره فامر غيره فاخرجه محمولا حنث وان لم يامر فاخرجه برضاه او اخرجه مكرها
لم يحنث كما لا يحنث من حلف لا يخرج الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لان فعل المامور ينتقل
الى الامر فيكون مضافا اليه ولهذا لو اتلف مال انسان بامر صاحبه لا يضمن فصار كما اذا ركب دابة
فخرجت به وفي الاولين لا يضاف الفعل الى المكره لعدم ما يوجب النقل وهو الامر فلا يحنث بفعل غيره
به ولا ينحل به اليمين في الصحيح لعدم فعله فصار كما اذا اخرجه الريح بخلاف ما اذا هدده فخرج
هو بنفسه حيث يحنث لوجود الفعل منه وهو الخروج الا انه مكره وفعل المحلوف عليه لا يختلف بين ان
يكون مكرها او طائعا على ما ذكرناه في اول الكتاب فصار نظير من حلف لا ياكل فاكره فاكل بنفسه يحنث
ولو حلف لا ياكل فاوجر في حلقه مكرها لا يحنث لما ذكرنا وحمله برضاه من غير امر كحمله مكرها لانه لم يوجد
منه الفعل حقيقة ولا ما يوجب النقل اليه وهو الامر وعن ابي يوسف فيما اذا حلف لا يخرج من داره هذا
فهو على الخروج ببدنه ولو قال من هذه الدار فهو على الخروج ببدنه واهله هو المتعارف وانما لا يحنث
من حلف لا يخرج الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لان الموجود هو الخروج المستثنى والمضي
بعد ذلك ليس بخروج لان الخروج عبارة عن الانفصال من داخل والاتيان الى الحاجة الاخرى عبارة
عن الوصول فتغايرا فلا يحنث قال لا يخرج او لا يذهب الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لان
الخروج انفصال من الداخل الى الخارج فاذا انفصل عن وطنه قاصدا الى مكة فقد خرج اليها عرفا وان لم
يصل قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الاية والمراد بها من مات قبل الوصول
اليه ويشترط للحنث ان يجاوز عمران مصره على قصد الخروج الى مكة حتى لو رجع قبل ان يجاوز العمران
لا يحنث بخلاف الخروج الى الجنازة حيث يحنث فيه بمجرد الخروج من بيته لان الخروج الى مكة سفر ولا
سفر قبل مجاوزة العمران ولا كذلك الخروج الى الجنازة والذهاب كالخروج في الصحيح قال نصير بن
يحيى هو كالاتيان حتى لا يحنث ما لم يدخلها لقوله تعالى اذهبا الى فرعون والمراد الاتيان ووجه الاول
وهو قول محمد بن سلمة انه بمنزلة الخروج يقال ذهب الى مكة بمعنى خرج اذا زال عن مكانه ولا يقتضي
الوصول واذهبه غيره اذا ازاله قال الله تعالى ليذهب عنكم الرجس اي ليزيله عنكم ولهذا صح ان
يقال ذهب الى مكة قبل الوصول اليها كما يقال خرج الى مكة بخلاف الاتيان هذا اذا لم يكن له نية واما
اذا نوى احدهما فهو على ما نوى لانه نوى ما يحتمله لفظه قال وفي لياتينها لا اي في يمينه لياتينها
لا يحنث بالخروج وانما يحنث بالوصول لانه عبارة عنه قال الله تعالى فاتيا فرعون والمراد
الوصول وقال عليه السلام من اتى امراته الحائض او اتاها في غير ماتاها او اتى كاهنا وصدقه فيما
قال فقد كفر بما انزل على محمد صلى الله عليه وسلم ثم في الخروج والذهاب يشترط النية عند الانفصال

للحنث وفي الاتيان لا يشترط بل اذا وصل اليها يحنث نوى او لم ينو لان الخروج متنوع يحتمل الخروج اليها
والى غيرها وكذا الذهاب فلا بد من النية عند ذلك كالخروج الى الجنازة بخلاف الاتيان لان الوصول
غير متنوع **قال** ليأتينه فلم يأته حتى مات حنث في اخر حياته اي لو حلف ليأتين زيدا او البصرة
او نحو ذلك فلم يأته حتى مات حنث في اخر جزء من اجزاء حياته لان شرط الحنث فوت الاتيان وهو لا
يتحقق الا بما ذكرنا لان البر موجود ما دام حيا **قال** رحمه الله ليأتينه ان استطاع فهو على استطاعة
الصحة لان الاستطاعة في العرف سلامة الاسباب والالات وارتفاع الموانع الحسية فعند
الاطلاق ينصرف اليه لانه هو المعهود قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا
والمراد بها الاستطاعة الحسية وقال الله تعالى واعدوا لهم ما استطعتم من قوة ويقال فلان يستطيع
كذا والمراد بها سلامة الاسباب **قال** وان نوى القدرة دين اي ان نوى حقيقة القدرة التي يقارن
الفعل دين فيما بينه وبين الله تعالى لان هذا الاسم يطلق عليها قال الله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا
بين النساء ولو حرصتم وقال الله تعالى فما اسطاعوا ان يظهروه وما استطاعوا له نقبا الا انه خلاف
الظاهر فلا يصدقه القاضي وفي رواية يصدق قضاء ايضا لانه نوى حقيقة كلامه فيصدق وكيف ما
كان وهذا لانه اذا نوى الحقيقة لا يخلو اما ان يكون خلاف الظاهر او لا فان لم يكن خلاف الظاهر
يصدق قضاء وديانة باتفاق الروايات وان كان خلاف الظاهر فيصدق ديانة قولا واحدا وهل يصدق
قضاء او لا فيه روايتان وعلى احداهما يخرج قوله لا يصدقه القاضي وهذا بخلاف ما اذا نوى المجاز
حيث لا يصدق قضاء مطلقا الا فيما فيه تشديد على نفسه على ما عرف واذا نوى استطاعة الفعل لا
يتصور حنثه ابدا لانها لا تسبق الفعل **قال** لا تخرج الا باذني شرط لكل خروج اذن بخلاف الا ان
وحتى اي لو حلف لا تخرج امرأته الا باذنه يشترط الاذن لكل خروج حتى لو اذن لها مرة فخرجت ثم
خرجت بغير اذنه مرة اخرى يحنث بخلاف ما اذا قال الا ان اذن لك او حتى اذن لك فانه بالاذن
مرة ينتهي اليمين حتى لو اذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه لا يحنث **اما** الاول وهو
ما اذا قال الا باذني فلانه استثنى خروجا بصفة وهو ان يكون الخروج ملصقا بالاذن لان الباء
للالصاق فكل خروج لا يكون بتلك الصفة كان داخلا في اليمين وصار شرطا للحنث قال الله تعالى وما
نتنزل الا بامر ربك اي لا يوجد تنزل الا بهذه الصفة ونظيره ما لو قال ان خرجت الا بملحفة او
الا بقناع والحيلة في ذلك ان يقول لها كلما اردت الخروج فقد اذنت لك فان قال ذلك ثم نهاها
لم يعمل نهيه عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله ولو اذن لها في خرجة ثم نهاها عن تلك الخرجة يعمل
نهيه بالاجماع ومحمد يعتبر العام بالخاص وابو يوسف يقول يبطل اليمين بالعدم لا يتحقق بقاؤها مع
الطلاق جميع الخروج بخلاف الخاص لان اليمين باقية في حق غيرها فلذا يصح النهي عنها ولو نوى الاذن
مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه يحتمل كلامه حتى لا يحنث في المرة الثانية اذا خرجت بغير اذنه وانما
صار محتملا له لانه يصير غاية بمعنى حتى لوجود ما كان استثناء وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث
ان ما بعدهما يخالف ما قبلهما فصحت الاستعارة وقالوا ان هذا الاذن يتقيد بحال قيام النكاح لان
الاذن لا يصح الا ممن له المنع وهو الزوج كالوالي اذا استحلف رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد يتقيد

بحال ولايته وهذا صحيح اذا كانت الزوجية قائمة وقت اليمين واما اذا قال لاجنبي او لاجنبية بان
قال ان خرجت الا باذني فعبدي حر او امرأتي طالق او نحو ذلك فينبغي ان يصح ولا يتقيد بشيء واما الثاني
وهو ما اذا قال الا ان اذن لك او حتى اذن لك فلان كلمة حتى للغاية فتنتهي اليمين بها وكلمة ان محمولة عليها
لان حقيقتها وهي ان تكون مصدرية متعذر لانه يلزم ان يكون الاذن مستثنى من الخروج فيصير كانه قال
لا تخرج الا باذني او خروجا الا اذن لك وذلك باطل فتعين حملها على كلمة حتى فتكون للغاية لما
ذكرنا من المناسبة بين الغاية والاستثناء بخلاف قوله الا باذني حيث لا يحمل على كلمة حتى الا بالنية لان حقيقته
غير متعذر لان معناه لا تخرج الا خروجا ملصقا باذني فلا يحتاج فيه الى ترك الحقيقة **فان قيل**
قال الله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم فلو كان الاذن شرطا لجواز الدخول فبطل ما ذكرتم من انها
للغاية بمعنى حتى **قلنا** تكرار الاذن فيه عرفناه بدليل اخر من خارج وهو ان دخول دار انسان بغير اذنه حرام
فصار نظير قوله تعالى لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على اهلها او عرفناه بقوله تعالى ان ذلكم
كان يؤذي النبي لانه فصارت العلة هي الايذاء ولو نوى التعدد بقوله الا ان اذن لك صدق قضاء لانه
محتمل كلامه وفيه تشديد على نفسه لان كلمة ان وما دخلت عليه بتأويل المصدر فيكون الباء فيه مقدرة كانه
مصدر كأنه قال الا اذني لك ولان فيه تغليظا على نفسه فيصدق وعلى العكس وهو ما اذا نوى الاذن
مرة بقوله الا باذني حيث لا يصدق قضاء لانه نوى التخفيف على نفسه فلا يصدق وعلى هذا لو قال ان باع
فلان مالي الا باذني او الا ان اذن له لما بينا والرضا والامر كالاذن فيما ذكرنا **قال** رحمه الله
ولو ارادت الخروج فقال ان خرجت او ضرب العبد فقال ان ضربت تقيد به كاجلس فتغد عندي فقال
ان تغديت يعني لو ارادت المرأة ان تخرج فقال لها الزوج ان خرجت فانت طالق او اراد رجل ضرب
عبد فقال له اخر ان ضربته فعبدي حر يتقيد يمينه بتلك الخرجة والضربة حتى لو صبرت المرأة ثم
خرجت او ترك ضرب عبده ثم ضربه بعد ذلك لم يحنث كما يتقيد في قوله اجلس فتغد عندي فقال ان
تغديت فعبدي حر بالغداء المدعو اليه حتى لو رجع الى بيته فتغدى لم يحنث لان مراد المتكلم الزجر
عن تلك الحالة فيتقيد بها لان المعلق يتقيد بالحال حتى لو قال ان تغديت اليوم او معك فتغدى
في بيته او معه في وقت اخر يحنث لانه زاد على حرف الجواب فيكون مبتدأ ولا يقال ان موسى
عليه السلام زاد في الجواب حين سئل عن العصا ولم يكن مبتدأ الا انا نقول لما سئل بما وهي يقع عن ذات
ما لا يعقل والصفات فاشتبه عليه الامر فاجاب بهما حتى يكون مجيبا عنهما وهذه المسائل
تسمى يمين فور ماخوذ من فور القدر اذا غلت يقال فارت القدر تفور فورا واستعير للسرعة ثم سميت به
الحالة التي لا ريث فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج من فوره اي من ساعته وقيل سميت هذه الايمان
به باعتبار فوران الغضب وتفرد ابو حنيفة باظهاره ولم يسبقه احد فيه وكانوا يقولون من قبل
اليمين نوعان مطلقة كلا يفعل كذا او مؤقتة كلا يفعل كذا اليوم فصارت قسما ثالثا مؤقتة معنى
مطلقة لفظا وانما اخذه من حديث جابر وابنه حين دعيا الى نصرة رجل فحلفا ان لا ينصراه ثم نصراه
بعد ذلك ولم يحنثا **قال** رحمه الله ومركب عبده مركبه ان نوى ولا دين عليه اي مركب العبد
مركب للمولى في حق حنثه ان نوى ولم يكن على العبد دين حتى اذا قال ان ركبت دابة

فلان بعد حر ولم ينو لانه العبد فرقيها لم يعتق وان نواها فان كان عليه دين مستغرق فكذلك لو
لم يكن عليه دين او كان عليه دين ولم يكن مستغرقا فان نوى حنث والا فلا لانه اذا كان عليه دين
مستغرق لا يملك المولى ما في يد عبده حتى لا يعتق بعتقه فلا يدخل تحت اليمين نوى او لم ينو وفيما اذا لم
يكن عليه دين مستغرق يملك ما في يده لكنه يضاف الى العبد عرفا وشرعا قال عليه السلام من باع عبدا
وله مال الحديث فيختل الاضافة الى المولى فلابد من النية وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يحنث
في الوجوه كلها اذا نوى لان الملك للمولى لكن الاضافة اليه قد اختلت لما ذكرنا فلا يدخل الا بالنية وقال
محمد يحنث في الوجوه كلها نوى او لم ينو اعتبارا للحقيقة لان العبد وما في يده ملك المولى حقيقة عنده ⊙
والله اعلم ⊙ **باب اليمين في الاكل والشرب واللبس والكلام** الاكل ايصال ما
يتأتى فيه المضغ والهشم الى الجوف ممضوغا كان او غير ممضوغ والشرب ايصال ما لا يتأتى فيه الهشم
الى الجوف والذوق ايصال الشيء الى فيه لاستبانة طعمه حتى لو حلف لا ياكل هذا اللبن او هذا السويق
فشربه لا يحنث وكذا بالعكس فان حلف لا يشرب هذا اللبن فثرد فيه فاكله لا يحنث لان هذا ليس بشرب
بل اكل ولو حلف لا ياكل عنبا او رمانا فمصه فابتلع ماءه ورمى ثفله لم يحنث لان المص نوع ثالث
ليس باكل ولا شرب وذكر بعضهم ان الاكل والشرب عبارة عن عمل الشفاه والحلق والذوق عبارة عن
عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه والمص عبارة عن عمل اللهاة
خاصة قال لا ياكل من هذه النخلة حنث بثمرها اي لو حلف لا ياكل من هذه النخلة حنث باكل ثمرها
لانه اضاف اليمين الى ما لا يوكل فينصرف الى ما يخرج منه لانه سبب له فيجاز به الاستعارة فيحنث بجميع
ما يخرج منها من جمار او بسر او رطب او تمر او طلع او دبس يخرج من ثمرها وعلى هذا اذا قال من هذا الكرم
ينصرف الى ما يخرج منه لا الى نفسه لانه لا يوكل وشرطه ان لا يتغير بصنعة حادثة حتى لا يحنث بالنبيذ
والناطف والدبس المطبوخ والخل لان هذا مضاف الى فعل حادث فلم يبق مضافا الى الشجر الا ترى ان
الله كيف عطف المصنوع على الثمر بقوله تعالى ليأكلوا من ثمره وما عملته ايديهم والعطف للمغايرة ويحنث
بالعصير لانه لم يتغير بصنعة جديدة وبهذا خلاف ما اذا حلف لا ياكل من هذه الشاة حنث باللحم خاصة
ولا يحنث باللبن والزبد لانها ماكولة فينعقد اليمين عليها ولو لم يكن للشجرة ثمر ينصرف اليمين الى ثمنها
قال رحمه الله ولو عين البسر والرطب واللبن لا يحنث برطبه وتمره وشيرازه بخلاف هذا الصبي
وهذا الشاب وهذا الحمل اي لو عين هذه الاشياء في يمينه بان حلف لا ياكل هذا البسر او هذا الرطب او
هذا اللبن فصار البسر رطبا والرطب تمرا واللبن شيرازا فاكله لم يحنث لان صفة البسورة والرطوبة به
داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به بخلاف ما اذا حلف لا ياكل لحم هذا الحمل او لا يكلم هذا الشاب
او هذا الصبي فاكله بعد ما صار كبشا او كلمه بعد ما صار شيخا حيث يحنث لانه ليس صفة الحمل صفة داعية
الى اليمين والاصل ان الصفة تلغو في الحاضر الا ان تكون حاملة على اليمين فيعتبر وصفة الصبي والشاب
وان كانت داعية الى اليمين لكن هجرانه لاجل صباه منهي عنه شرعا الا انا امرنا بتحمل اخلاق الفتيان
ومرحمة الصبيان فكان مهجورا شرعا والمهجور شرعا كالمهجور عادة فلم يعتبر الداعي وقد قررناه من قبل
فان قيل كيف يستقيم هذا الكلام واليمين يجوز عقدها على فعل الحرام قلنا نعم يجوز قصدا لكن اذا

كان الكلام محتملا فالبناء يجوز ان يكون دليلا على ارادة غير المحظور وان كان خلاف الظاهر حملا لامر
المسلم على الصلاح قال لا ياكل بسرا فاكل رطبا لا يحنث اي حلف لا ياكل بسرا من غير تعيين
فاكل رطبا لم يحنث لانه لم ياكل المحلوف عليه قال وفي لا ياكل رطبا او بسرا او لا ياكل رطبا ولا
بسرا حنث بالمذنب اي لو حلف لا ياكل رطبا او لا ياكل بسرا او حلف لا ياكلهما حنث باكل المذنب
بكسر النون الذي اكثره رطب وشيء منه قليل بسر والبسر المذنب عكسه وقال ابو يوسف ان حلف
لا ياكل رطبا فاكل بسرا مذنبا لم يحنث وكذا لو حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا مذنبا وجعل في الهداية
قول محمد مع ابي يوسف وذكره في المبسوط والايضاح والاسرار وشرح الجامع الكبير والصغير
والمنظومة مع ابي حنيفة لابي يوسف ان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا
عرفا وهو المعتبر في الايمان فصار الاعتبار للغالب اذ المغلوب في مقابلته كالمعدوم ولهذا لو
حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا مذنبا لا يحنث وكذا لو حلف لا يشرب لبنا او هذا اللبن فصب
عليه الماء حتى صار مغلوبا لا يحنث بشربه ولذا لا يتعلق بالمغلوب حرمة الرضاع ولابي حنيفة
ان آكله آكل بسر ورطب فيحنث به وان كان قليلا لان ذلك القدر كاف للحنث ولهذا لو ميزه فاكله
يحنث بخلاف الشراء لانه يصادف جملة فيعتبر الغالب فيكون المغلوب تبعا له والاكل يصادفه شيئا
فشيئا فيصادفه وحده نظيره اذا حلف لا يشتري شعيرا فاشترى حنطة فيها حبات شعير لا يحنث
ولو حلف لا ياكل شعيرا فاكل حنطة فيها حبات شعير يحنث لما ذكرنا وبخلاف اللبن المصبوب فيه
الماء لانه يشيع فيه ويختلط حتى لا يرى مكانه فيكون مستهلكا وهنا يرى مكانه فيكون قائما وقت
التناول ولا يقال الحنث يكون بالمضغ والابتلاع وعنده لا يكون مستهلكا ولا يرى مكانه فكان
كالماء المخلوط به والماء غالب لانا نقول معنى الاستهلاك هنا الحل لان طعم الرطب والبسر
موجود في الحلق بخلاف ما ذكر ولان الرطب والبسر جنس واحد فلا يكون مستهلكا بجنسه عندهما
على ما عرف في موضعه قال ولا يحنث بشراء كباسة بسر فيها رطب في لا يشتري رطبا اي لو حلف
لا يشتري رطبا لا يحنث بشراء كباسة بسر فيها رطب لما بينا ان البيع يصادف جملة فيكون القليل
تابعا للكثير ولهذا بائعه لا يسمى بائع الرطب فصار نظير من حلف لا يشتري لبنا او صوفا فاشترى
شاة لها لبن او صوف حيث لا يحنث لما ذكرنا ان بائعه لا يسمى بائعا للمحلوف عليه وكذا مشتريه لا يسمى
مشتريا له لان الشراء مبني على البيع بخلاف ما اذا عقد يمينه على المس حيث يحنث في الوجوه كلها
لان المس فيها متصور حقيقة واسم المحلوف عليه باق بخلاف ما اذا حلف لا يمس قطنا او كتانا فمس
ثوبا متخذا منه حيث لا يحنث لزوال اسم القطن والكتان عنه فصار كما لو حلف لا ياكل سمنا او
زبدا او لا يمسه فاكل لبنا او مسه قال وبسمك في لا ياكل لحما اي لو حلف لا ياكل لحما لا يحنث
باكل لحم السمك وقال مالك والشافعي يحنث وهو القياس لانه سمي لحما في القرآن قال الله تعالى
ومن كل تأكلون لحما طريا والمراد لحم السمك بالاجماع ولنا ان التسمية مجازية لان اللحم
منشأه الدم ولا دم فيه اذ يعيش في الماء ولهذا احل اكله من غير ذكاة فصار كالجراد فكان قاصرا في
اللحمية ومطلق الاسم يتناول الكامل دون القاصر فيخرج عن المطلق بدلالة اللفظ ولهذا لا يفهم من

لفظ اللحم لحم السمك الا بقرينة حتى لو وكل رجلا بشرا اللحم فاشترى لحم السمك لا يلزمه وكذا بايع السمك لا يسمى لحاما عادة ومبنى الايمان على العرف لا على الفاظ القران الا يرى انه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا يحنث لما ذكرنا وان سمي في القران دابة وكذا في اللغة الا ان ينويه فحينئذ يحنث باكله لانه لحم من وجه وفيه تشديد على نفسه قال ولحم الخنزير والانسان والكبد والكرش لحم لان تنشاها من الدم فصارت لحما حقيقة حتى يحنث باكلها في يمينه لا ياكل لحما الا ان لحم الخنزير والادمي حرام واليمين قد تعقد لمنع النفس عن الحرام كما اذا حلف لا يزني ولا يكذب تصح يمينه وكذا يدخل ايضا في العموم الا يرى انه لو حلف لا يشرب شرابا يدخل فيه الخمر حتى يلزمه الكفارة بشربها لكونها شرابا حقيقة ولا يقال الكفارة فيها معنى العبادة فكيف تناط بالمحظور المحض لانا نقول الحل والحرمة انما يراعى في السبب لا في الشرط والسبب للكفارة في الحقيقة هو اليمين لانه ينقلب سببا عند الحنث لما بينا من قبل والحنث شرط والشرط لا يضاف اليه الحكم ولهذا لا يضمن شهود الشرط مع شهود اليمين اذا رجعوا وبهذا يخالف النذر بالمعصية حيث لا يلزمه به شيء ولا ينعقد نذره اصلا وان كان النذر موجبا كاليمين لان النذر ايجاب على نفسه بما شرعه الله على العباد ولم يشرع الله تعالى المعاصي فلا يصح النذر بها ولا بما لا نظير له في الشرع من الواجبات واما وجوب الكفارة في اليمين فليس لعينها بل لمعنى في غيرها وهو هتك حرمة اسم الله تعالى ولا يختلف ذلك بين ان يكون يمينه على الطاعة او على المعصية وذكر العتابي رحمه الله انه لا يحنث باكل لحم الخنزير والادمي وقال في الكافي وعليه الفتوى فكانه اعتبر فيه العرف ولكن هذا عرف عملي فلا يصلح مقيدا بخلاف العرف اللفظي الا يرى انه لو حلف لا يركب دابة لا يحنث بالركوب على الانسان للعرف اللفظي فان اللفظ عرفا لا يتناول الا الكراع وان كان في اللغة يتناوله ولو حلف لا يركب حيوانا يحنث بالركوب على انسان لان اللفظ يتناول جميع الحيوان والعرف العملي وهو انه لا يركب عادة لا يصلح مقيدا وقال صاحب المحيط في الكبد والكرش هذا في عادة اهل الكوفة واما في عرفنا فلا يحنث باكله في يمينه لا ياكل لحما لانه لا يعد لحما قال وبشحم الظهر في شحما اي لا يحنث باكل شحم الظهر وشرايه وبيعه في يمينه لا ياكل شحما او لا يشتريه او لا يبيعه وانما يحنث بشحم البطن خاصة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحنث بشحم الظهر ايضا لان شحم الظهر شحم حقيقة وفيه خاصية الا يرى انه يذاب كشحم البطن ويصلح لما يصلح له الشحم ويستعمل استعماله ويتناوله اسم الشحم قال الله تعالى ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما او الحوايا او ما اختلط بعظم فاستثنا من الشحم والاصل في الاستثنا ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فصارت الشحوم اربعة شحم البطن وشحم الظهر وشحم يختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعا واتفقوا على انه يحنث بشحم البطن والثلثة على الخلاف هكذا ذكره في الكافي وانما لا يحنث بشرايه في يمينه لا يشتري شحما في رواية عنهما لان الشرا لا يتم بالحالف وانما يكون مشتريا للشحم اذا اشتراه ممن يسمي بايعه شحاما واما الاكل فيتم بالاكل وحده الا يرى انه لو حلف لا يشتري لحما لا يحنث وفي لا ياكل يحنث ولابي حنيفة انه لحم حقيقة الا يرى انه ينشا من الدم ويستعمل استعمال اللحوم لا الشحوم في اتخاذ القلايا والباجات وله قوة اللحم ولا يطلقون عليه اسم الشحم ولهذا لو حلف لا ياكل لحما يحنث باكله ولو لم يكن لحما لما حنث فلو سمي شحما مع كونه لحما والاستثنا في الاية منقطع بدليل استثنا الحوايا فان قيل المراد ما حملته الحوايا من الشحم قلنا فذا اضمار وهو خلاف الاصل فلا يصار اليه الا لضرورة والاستثنا المنقطع وان كان خلاف الاصل ولكنه يثبت اذا دل الدليل عليه وهنا دل عليه الدليل وهو استثنا ما اختلط بعظم وهو المخ ولم يقل احد انه شحم ولئن سمي شحما لا يلزمنا لان الايمان مبنية على العرف لا على ما ذكر في القران وقد بيناه من قبل وذكر الطحاوي قول محمد مع ابي حنيفة ومحل هذا اذا حلف بالعربية واما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال قال وبالية في لحما او شحما اي لا يحنث باكل الية او شرايه فيما اذا حلف لا يشتري او لا ياكل لحما او شحما لانها نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم ولا الشحوم فلا يتناولها اللفظ معنى ولا عرفا قال وبالخبز في هذا البر يعني لو حلف لا ياكل من هذا البر فاكل من خبزه لا يحنث وكذا اذا اكل من سويقه وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يحنث باكل الخبز منه ولا يحنث بالسويق وقال محمد يحنث بهما وان قضمه حنث في قولهم جميعا وضع المسئلة في المعين لانه لو كان منكرا ذكر شيخ الاسلام انه ينبغي ان يكون جواب ابي حنيفة كجوابهما والخلاف فيما اذا لم يكن له نية واما اذا نوى شيئا مما نوى بالاجماع لانه حقيقة او محتمله وهو المجاز لهما في الخلافية ان اكل ما يتخذ من البر اكله عادة يقال اهل المصر ياكلون البر اي ما يتخذ منه فوجب العمل بعموم المجاز ومعناه ان يكون للمجاز افراد كثيرة ومن جملة افراده محل الحقيقة فتدخل الحقيقة في المجاز كمن حلف لا يدخل دار فلان فانه مجاز عن المسكن وحقيقته للملك فيدخل في اليمين ما يسكنه كيف ما كان سواء كان مستاجرا او عارية او ملكا لعموم المجاز اجماعا فكذا هذا ومحمد مر على اصله في السويق لانه اكل المتخذ منه وحلفه واقع عليه وابو يوسف خالف اصله لان حلفه يقع على المتخذ منه عرفا ولا عرف في السويق ولابي حنيفة ان هذا الكلام له حقيقة مستعملة فانها تؤكل قضما ومطبوخة وكشكا وهريسة ومقلية ومجاز متعارف كمن حلف لا ياكل من هذه الشجرة فاكل من فرخها وعندهما المجاز المتعارف اولى وهذا يرجع الى اصل وهو ان المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما وعنده في التكلم وقد بيناه في اول العتاق ولو زرع الحنطة فاكل ما خرج منها لم يحنث قال وفي هذا الدقيق يحنث بخبزه لا بسفه اي لو حلف لا ياكل هذا الدقيق يحنث باكل خبزه ولا يحنث بسفه لان عين الدقيق لا يؤكل فانصرف اليمين الى ما يتخذ منه كمن حلف لا ياكل من هذه النخلة ينصرف الى ما يخرج منها ولا يحنث بالسف لان الحقيقة مهجورة فيسقط اعتبارها كمن قال لاجنبية ان نكحتك فعبدي حر فزنى بها لم يحنث وكذا لو اكل خشب النخلة في يمينه لا ياكل من هذه النخلة لا يحنث لان يمينه انصرف الى المجاز فلم يتناول الحقيقة الا بطريق عموم المجاز ولم يوجد وقيل يحنث لانه اكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر لا يسقط به الحقيقة والصحيح هو الاول وان عنى اكل الدقيق بعينه لم يحنث باكل الخبز منه لانه نوى حقيقة كلامه قال والخبز ما اعتاده بلده اي الذي اعتاده اهل بلد الحالف اكله حتى لو حلف في القاهرة ان لا ياكل الخبز ينصرف الى خبز البر وبطبرستان ينصرف الى خبز الرز وفي زبيد الى خبز الذرة والدخن ولو اكل الحالف خلاف ما عندهم من الخبز لم يحنث وكذا اذا اكل خبز القطايف الا ان ينويه لانه لا يسمى خبزا مطلقا ولو حلف لا ياكل هذا الخبز فجففه ثم دقه فشربه بالماء

لم يحنث لان هذا شرب وليس باكل وعن ابي حنيفة رحمه الله فيمن قال لامراته ان اكلت هذا الخبز فانت
طالق فطلبت حيلة حتى تاكل ولا تطلق قال ينبغي ان يدق ذلك الخبز وتلقيه في عصيدة وتطبخ حتى يصير
الخبز هالكا فتاكل العصيدة ولا يحنث قال والشواء والطبيخ على اللحم اي ومطلق اسم الشواء يقع على
اللحم لان الشوي يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق دون الباذنجان والجزر المشويين الا ترى ان الشواء
اسم لمن يبيع اللحم المشوي دون غيره فمطلق الاسم ينصرف اليه الا ان ينوي ما يشوى من بيض وغيره فيعمل
بنيته وفيه تشديد على نفسه وكذا الطبيخ يقع على ما يطبخ من اللحم عرفا والقياس ان يحنث بكل ما يطبخ لانه
طبيخ حقيقة وجه الاستحسان ان الطبيخ اسم للمطبوخ عرفا وعليه مبنى الايمان ومتخذه يسمى طباخا
ولا يسمى من يطبخ الادوية طباخا وكل احد يعلم بالضرورة انه لم يرد به المطبوخة فتعذر حمله على العموم
فحملناه على خاص هو متعارف ولا يحنث الا باكل المطبوخ بالماء واما القلية اليابسة فلا تسمى طبيخا فلا
يحنث باكلها وان اكل الخبز بالمرقة يحنث لانه يسمى طبيخا وفيها اجزاء اللحم ايضا قال والرأس ما يباع
في مصره اي اسم الرأس يتناول جميع ما يباع في بلده من الرؤوس حتى لو حلف لا ياكل راسا فيمينه على رؤوس
يكبس في التنانير ويباع في مصره لانا نعلم انه لا يريد به رأس كل شيء فان رأس الجراد والعصفور لا يدخل
تحته وهو رأس حقيقة فاذا لم يرد به الحقيقة وجب اعتبار العرف وهو ما ذكرنا وكان ابو حنيفة اولا
يقول يدخل فيه رأس الابل والبقر والغنم ثم رجع وقال يحنث في رأس البقر والغنم خاصة وقال ابو يوسف
ومحمد لا يحنث الا في رأس الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان وتبدل العادة لا اختلاف حجة وبرهان
ومسائل الايمان مبنية على العرف فيتبع ذلك فان قيل انتم حنثتموه بلحم الخنزير والادمي وهو لم يعرف
يباع في الاسواق ولا عرف بين الناس قلنا الاصل في جنس هذه المسائل ان الانسان متى عقد يمينه على
فعل مضاف الى شيء ان امكن العمل بحقيقته يعمل بحقيقته وان لم يكن متعارفا وان لم يمكن العمل بحقيقته يجب
تقييده بالمتعارف وبيانه انه اذا حلف لا يدخل بيتا فدخل بيعة او كنيسة او بيت نار او الكعبة لا يحنث
لانه تعذر العمل بحقيقة البيت فانه لا يمكن الدخول في بيت العنكبوت ومثله لو حلف لا يهدم بيتا فهدم
بيت العنكبوت يحنث وان كان لا يتعارف لانه امكن العمل بحقيقته في حق الهدم بخلاف الدخول فاذا
ثبت هذا نقول فيه اذا عقد يمينه على اكل الراس فالعمل بحقيقته فيه ممتنع لان الراس اسم للعظم واللحم
واكل الكل ممتنع ولو عقد يمينه على اللحم فالعمل بحقيقته ممكن لان اللحم يؤكل بجميع اجزائه فيعقد على
حقيقته وعلى هذا يخرج الجواب فيمن حلف لا يركب دابة لانه لا يمكن ركوب جميع الدواب فان قيل
هذا يستقيم في الاكل ولا يستقيم في الشراء فان شراء الراس بجميع اجزائه ممكن قلنا لا نسلم فان من الرؤوس ما
لا يمكن شراؤها كرؤوس النمل ونحوها قال والفاكهة التفاح والبطيخ والمشمش لا العنب
والرمان والرطب والقثاء والخيار حتى لو حلف لا ياكل فاكهة يحنث باكل التفاح والبطيخ والمشمش
ولا يحنث بالعنب والرمان الى اخره لان الفاكهة اسم لما يتفكه به بعد الطعام وقبله اي يتنعم به وهذا
المعنى ثابت في التفاح والبطيخ والمشمش والخوخ والتين والاجاص ونحوها فيحنث باكلها وغير ثابت في
القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا فانهما يباعان معها واكلا لانهما يوضعان على الموائد مع البقول
فلا يحنث باكلهم واما العنب والرمان والرطب فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وعندهما هي فاكهة حتى

يحنث باكلها في يمينه لا ياكل فاكهة فان معنى التفكه فيها موجود فانها اعز الفواكه واجلها ولهذا افردت
بالذكر بعد دخولها في اللفظ العام في القران كما افرد جبريل وميكائيل عليهما السلام بالذكر بعد دخولهما
في لفظ الملائكة ومطلق الاسم يتناولها لكمال فيكون التنعم بها فوق التنعم بغيرها من الفواكه ولابي حنيفة
رحمه الله ان الفاكهة من التفكه وهو التنعم بما لا يتعلق به البقاء زيادة على المعتاد وذلك بما لا يصلح غذاء
ولا دواء الا ترى انهم يقولون النار فاكهة الشتاء والمزاح فاكهة وهذه الاشياء تصلح لهما لان الرطب
والعنب يؤكلان غذاء ويتعلق بهما البقاء وبعض الناس يكتفون بهما في بعض المواضع والرمان يؤكل للتداوي
فيتحقق القصور في معنى التفكه فلا يتناولها اسم الفاكهة على الاطلاق الا ترى ان يابس هذه الاشياء اليابسة
من الفواكه فان الزبيب والتمر من الاقوات وحب الرمان من التوابل والفواكه لا يختلف بين رطبها ويابسها
في انها لا تصلح للغذاء وما يناسبها يشهد له لا لهما وكذا قوله تعالى فانبتنا فيها حبا وعنبا وقضبا وزيتونا
ونخلا وفاكهة وابا لان العطف يقتضي المغايرة اذ الشيء لا يعطف على نفسه وهو الاصل فلا يعدل عنه من
غير ضرورة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فافتى كل واحد بما شاهد من عادة اهل عصره وجعل هذا
الخلاف فيما اذا لم يكن له نية واما اذا نوى فعلى ما نوى بالاجماع وجعل البطيخ في هذا الباب من الفاكهة
وهكذا ذكر القدوري والحاكم الشهيد في المنتقى عن ابي يوسف وقال في المحيط اليابس من ثمار الشجر فاكهة
الا البطيخ فانه لا يعتاد يابسه فاكهة في عامة البلدان وذكر شمس الائمة السرخسي في شرحه ان البطيخ ليس
من الفاكهة لانها لا تكون يابسه فاكهة فرطبه لا تكون فاكهة قال والادام ما يصطبغ به كالخل والملح
والزيت لا اللحم والبيض والجبن اي الادام شيء يختلط به الخبز وهو من الصبغ وذلك بالمائع دون غيره حتى لو حلف لا ياتدم
لا يحنث بالمائع وهذا عند ابي حنيفة وهو الظاهر من قول ابي يوسف وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا ادام
كاللحم والجبن وهو رواية عن ابي يوسف لان الادام من المؤادمة وهو الموافقة قال عليه السلام
للمغيرة بن شعبة حين خطب امراة لو نظرت اليها لكان احرى ان يؤدم بينكما اي يوفق وما لا يؤكل وحده
غالبا موافق له وقال عليه السلام سيد ادام اهل الجنة اللحم ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا للخبز وحقيقة
التبعية بالاختلاط وعدم الاكل وحده وكذا كمال الموافقة يكون بالامتزاج والمرق ونحوه من المائعات
لا يؤكل وحده بل يشرب والملح لا يؤكل وحده عادة ولانه يذوب في الفم فيحصل الاختلاط فيكون تبعا
بخلاف اللحم واخواته فانها تؤكل وحدها فلم تكن اداما والنص له محمد فيما روي لانه في الجنة وكلامنا في
الدنيا وهي خلافها فيجوز ان تكون اداما فيها ولانه لا يلزم من كونه سيد الادام ان يكون من الادام كما
يقال الخليفة سيد العرب والعجم وان لم يكن هو من اهل العجم وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن له نية فان
نوى فعلى ما نوى اجماعا وهذا الاختلاف على عكس اختلافهم فيمن حلف لا ياكل الا رغيفا فاكل معه البيض
ونحوه لا يحنث عندهما وعند محمد يحنث هو يقول انه قد يؤكل وحده مقصودا فلا يصير تبعا للخبز
بالشك بخلاف ما اذا اكله مع المائعات لانها تبع له فلا تعد زيادة عليه وهما يقولان هو ادام من
وجه لانه قد يؤكل تبعا فلا يحنث فيهما بالشك والعنب والبطيخ هو على هذا الاختلاف وذكر شمس
الائمة السرخسي انه ليس باداام بالاجماع وهو الصحيح لانهما يؤكلان وحدهما غالبا ولان اكلهما لا
يسمى مؤتدما عادة والبقل ليس باداام بالاجماع قال والغداء الاكل من الفجر الى الظهر وهو في الحقيقة

اسم لطعام يوكل في هذا الوقت وإنما أطلق على الأكل في هذا الوقت وهو التغدي توسعا فلو حلف لا
يتغدى فأكل في هذا الوقت حنث فإن أكل بكرة أو قبله لا يحنث لأن الطعام المأكول فيه يسمى غداء
فصار تناول الأكل الواقع فيه فيحنث ولا بتناول ما يأكله بعده فلا يحنث ومقدار ما يحنث به من
الأكل أن يكون أكثر من نصف الشبع لأن اللقمة واللقمتين لا تسمى غداء عادة وجنس المأكول يشترط أن
يكون مما يأكله أهل بلده عادة حتى لو شرب اللبن وشبع لا يحنث إن كان حضريا وإن كان بدويا يحنث
ومثله لو أكل تمرا أو أرزا حتى شبع لم يحنث والصبح من طلوع الشمس إلى ارتفاع الضحى لأنه من الصباح
فيتقيد بهذا الوقت ذكره في النهاية **قال** والعشاء منه إلى نصف الليل والسحور منه إلى الفجر أي العشاء
هو الأكل من الظهر إلى نصف الليل والسحور الأكل من نصف الليل إلى طلوع الفجر وأصل هذه الأشياء أنها
اسم المأكول في ذلك الوقت وسمي بها الفعل مجازا على ما بينا فيحنث بالفعل الواقع فيه لا غير وروي
عن محمد فيمن حلف لا يكلمه إلى سحر أنه قال إذا دخل الثلث الأخير من الليل فكلمه لا يحنث لأن وقت السحر
ما قرب من الفجر فانتهت به يمينه والمساء مساءان أحدهما إذا زالت الشمس والآخر إذا غربت
فإذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي فهو على غيبوبة الشمس لأنه لا يمكن حمله على المساء الأول
فتعين الثاني **قال** إن لبست أو أكلت أو شربت لم يصدق أصلا أي لو حلف وقال إن أكلت ونحوه
فعبدي حر ونوى شيئا معينا بأن قال نويت الخبز أو اللحم أو نحوه لا يصدق قضاء ولا ديانة لأن النية تعمل
في الملفوظ لأنها لتعيين المحتمل والطعام ونحوه غير مذكور وإنما ثبت مقتضى وهو لا عموم له فلا يحتمل
الخصوص وعن أبي يوسف أنه يصدق ديانة وبه أخذ الخصاف ونحن نقول نية غير الملفوظ لا تصح
فإن قيل يشكل على هذا ما إذا قال إن خرجت أو قال إن ساكنت فلانا ونوى الخروج إلى السفر أو
المساكنة في بيت واحد فإنه يصدق ديانة حتى لو خرج إلى غير السفر أو ساكنه في دار لا يحنث مع أن السفر
والسكنى غير مذكور في اللفظ **قلنا** الخروج متنوع إلى مديد وقصير ومما يختلفان اسما وحكما
والفعل يحتمل التنويع دون التخصيص فيصح ألا ترى أنه لو حلف لا يتزوج ونوى حبشية أو رومية صح
ويصدق ولو نوى امرأة بعينها لا يصدق لأن الأول تنويع دون الثاني ولأن ذكر الفعل ذكر للمصدر
لغة لأنه محذوف وهو كالمنطوق فتصح نيته بخلاف نية المكان وسبب الخروج حيث لا يصح لأنه ثبت
اقتضاء مع أن بعض أصحابنا منعوا صحة النية منهم القاضي أبو خازم وأبو طاهر الدباس فعلى هذا لا
يرد علينا ولئن سلم فالمساكنة عامة متنوعة فإن أعمها أن يكون في بلد واحد والمطلق منها أن يكون في
دار واحدة وأتمها أن يكون في بيت واحد وقد بينا أن نية النوع في الفعل يصح **قال** ولو زاد ثوبا أو
طعاما أو شرابا دين أي لو زاد هذه الكلمات على كلامه الأول بأن قال إن لبست ثوبا أو أكلت طعاما أو
شربت شرابا ونوى شيئا دون شيء دين ديانة لا قضاء لأنه نكرة في الشرط فتعم فعمل نيته في الخصوص لأنه خلاف
الظاهر فلا يصدقه القاضي وعلى هذا لو قال إن اغتسلت ونوى تخصيص الفاعل أو المكان أو السبب
دون ذكره لا يصدق **قال** لا يشرب من دجلة على الكرع بخلاف من ماء دجلة أي لو حلف لا يشرب
من دجلة فيمينه على الكرع حتى لو شرب بإناء لم يحنث حتى يكرع فيها كرعا بخلاف ما إذا حلف لا يشرب
من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب بالإناء وبغيره لأن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وبه الشرط

في الأول دون الثاني وقالا إذا شرب بالإناء أيضا يحنث لأنه المتعارف يقال يشرب أهل بغداد من دجلة
والمراد الشرب بأي شيء كان وله أن كلمة من للتبعيض حقيقة وهي مستعملة فيه عرفا وشرعا قال
النبي صلى الله عليه وسلم لقوم نزل عليهم إن كان عندكم ماء بات في الشن وإلا كرعنا والحقيقة مرادة ولهذا لو
شرب كرعا يحنث ولو حنث بالشرب بالإناء يلزم منه الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو ممتنع وهما
يقولان ليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز بل هو عمل بعموم المجاز وأبو حنيفة يقول الحقيقة مستعملة
فلا يصار إلى المجاز والحق أن هذه المسألة مبنية على أن المجاز الراجح أولى عندهما من الحقيقة المستعملة
فيصار إلى المجاز لذلك وعنده الحقيقة المستعملة أولى فلا يصار إلى المجاز وهو نظير اختلافهم فيمن
حلف لا يأكل من هذه الحنطة ولو حلف لا يشرب من ماء البئر أو من ماء الجب يحنث بشربه بالإناء إجماعا
لأنه لا يمكن فيه الكرع فتعين المجاز وإن كان يمكن الكرع فعلى الخلاف فلو تكلف وشرب بالكرع في
ما لا يمكن الكرع لا يحنث لأن الحقيقة والمجاز لا يجتمعان ولو حلف لا يشرب من الفرات أو من ماء الفرات
فعلى ما تقدم في دجلة وفاقا وخلافا ولو شرب من نهر يأخذ من الفرات لا يحنث في يمينه لا يشرب
من الفرات لعدم الكرع في الفرات إجماعا ولحدوث النسبة إلى غيره فانقطعت النسبة إلى الفرات
ويحنث في يمينه لا يشرب من ماء الفرات لأن يمينه انعقدت على شرب ماء منسوب إلى الفرات ومثل هذه
النسبة لم ينقطع بمثله ولو حلف لا يشرب ماء فراتا فهو على شرب ماء عذب من أي موضع كان لأنه عبارة
عن العذب وقد جعله وصفا للماء قال الله تعالى وأسقيناكم ماء فراتا وكذلك لو قال لا أشرب من ماء
فرات لما ذكرنا ولو حلف لا يشرب من ماء هذا الكوز فصب ماؤه في كوز آخر فشربه لم يحنث لتبدل النسبة
قال إن لم أشرب ماء هذا الكوز اليوم ولا ماء فيه أو كان فصب أو أطلق ولا ماء فيه لا يحنث وإن كان فصب
حنث أي رجل قال لامرأته إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فأنت طالق وليس فيه ماء أو كان
فيه ماء فصب قبل غروب الشمس أو أطلق اليمين أي لم يقل اليوم وليس في الكوز ماء لم يحنث في هذه الصور
كلها وإن كان فيه ماء فصب حنث أي في المطلق وهو ما إذا لم يقل اليوم فحاصله أن هذه المسألة على وجهين
إما أن تكون موقتة باليوم أو لم تكن موقتة به وكل وجه على وجهين إما أن يكون فيه ماء فصب أو لا يكون
فيه ماء أما في الموقت لا يحنث في الوجهين لأنه إن لم يكن فيه ماء يتصور الشرب منه فاليمين على الحالف
لا تنعقد وكذلك إن كان فيه ماء فصب قبل الليل لأن البر في الموقت يجب في آخر الوقت وعند ذلك يستحيل
البر فيه فتبطل وأما إذا كانت اليمين مطلقة غير موقتة فإن لم يكن فيه ماء لا تنعقد اليمين لاستحالة
البر للحال وإن كان فيه ماء انعقدت للتصور ثم يحنث بالصب لأن البر يجب عليه كما فرغ فإذا صب فقد
فات البر فيحنث في ذلك الوقت كما لو مات الحالف والماء باق وهذا عندهما وقال أبو يوسف يحنث في
الوجوه كلها غير أنه في الموقت يحنث في آخر الوقت لأن التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل إلا في آخر
الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يحنث للحال إن لم يكن فيه ماء وإن كان فيه يحنث عند الصب لأنه
يجب عليه البر كما فرغ وقد تحقق عجزه للحال في الفارغ فيحنث في الحال وعند الصب في المشغول فيحنث
في ذلك الوقت وعلى هذا الخلاف إذا كانت اليمين بالله تعالى وأصله أن من شرط انعقاد اليمين وبقائها
التصور عندهما وعنده لا يشترط التصور بل يحلها عنده خبر في المستقبل سواء كان قادرا عليه أو لم يكن

الا ترى ان اليمين على مس السماء وتحويل الحجر ذهبا تنعقد لانه عقدها على خبر في المستقبل وان لم يكن
قادرا عليه وعندهما محلها خبر فيه رجاء الصدق لان محل الشيء ما يكون قابلا لحكمه وحكم اليمين البر وهو
لا يتحقق فيما ليس فيه رجاء الصدق فلا تنعقد اصلا كاليمين الغموس ولا يقال يمكن ان تنعقد اليمين موجبة
للبر على وجه يظهر في الخلف وهو الكفارة لانا نقول شرط انعقاد السبب في حق الخلف احتمال
الانعقاد في حق الاصل ولا احتمال هنا لعدم تصور البر فلا تنعقد ولا يقال يتصور ان يوجد الله تعالى
الماء في الكوز فتنعقد كما في اليمين على تحويل الحجر ذهبا لانا نقول الماء الذي يوجد الله تعالى فيه غير
محلوف عليه وانما المحلوف عليه الماء الكائن فيه وقت اليمين وهو غير متصور الوجود لتحقق عدمه
فيه بخلاف تحويل الحجر ذهبا ثم ابو يوسف فرق بين المطلق والمقيد في حق الحنث فحنثه في المقيد في
اخر الوقت وفي المطلق الزم تحريه ما في الحال وان كان فيه ما عند الصب ومما فرقا بين المطلق
والمقيد فيما اذا كان في الكوز ماء فحنثناه عند الصب في المطلق فيه دون المقيد وقد ذكرنا في اثناء
البحث ما حصل به الفرق من المعاني تعرفه من تأمل فيه قال حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا
الحجر ذهبا حنث للحال وقال زفر رحمه الله لا تنعقد يمينه لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل
حقيقة ولو كانت منعقدة لما حنث في الحال لانه في التصور لا يحنث الا عند تحقق الياس من فعله
وهو في اخر جزء من اجزاء حياته كما اذا حلف ليدخلن بصرة ونحوه ولنا ان البر متصور حقيقة لان
الصعود الى السماء ممكن الا ترى ان الملائكة يصعدونها وكذلك الجن قال الله تعالى حكاية عنهم انا
لمسنا السماء الاية وكذلك انقلاب الحجر ذهبا ممكن بتحويل الله تعالى فتنعقد يمينه موجبة للبر على
وجه يخلفه الكفارة عند فواته كسائر المتصورات بخلاف مسالة الكوز فانه يستحيل ان يشرب الماء
من الكوز الفارغ فلا تنعقد لعدم التصور وانما يحنث في الحال اعتبارا للعجز الثابت عادة وهو يصلح
لمنع تاخير الحنث دون منع الانعقاد الا ترى ان الحالف اذا مات يحنث وان تصور ان يفعل بعد باحياء الله
تعالى ولان اليمين تعقد للفائدة وقد وجدت وهي وجوب الكفارة بدلا عن البر والحكم يبقى اليمين كان
لاحتمال البر وقد تحقق العجز عنه فلا فائدة في التاخير هذا اذا كانت اليمين مطلقة وان كانت موقتة
لا يحنث حتى يمضي ذلك الوقت وقال زفر يحنث للحال لثبوت العجز كما في المطلق وهذا القول لا يستقيم
منه لانه يمنع الانعقاد على ما ذكرنا انفا فكيف يحنث الا اذا حمل على ان له رواية اخرى ولنا انه
لم يلتزم البر للحال فلا يحنث بتركه للحال ولو قال ان تركت مس السماء فعبدي حر لا يحنث لان الترك لا يتصور
في غير المقدور وتعليقه عادة قال لا يكلمه فناداه وهو نائم فايقظه او الا باذنه فاذن له ولم يعلم
حنث اي لو حلف لا يكلم فلانا فناداه وهو نائم فنبهه او حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم
الحالف بالاذن حنث اما الاول فلانه كلمه واسمعه فيحنث ولو لم يوقظه ذكر القدوري انه اذا كان
بحيث يسمع لو لم يكن نائما حنث يعني يحنث بسمع لو اصغى اذنه لانه قد كلمه ووصل الى سمعه الا انه لم
يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع الا انه لم يفهم لغفلته ولان اسماع الغير امر باطن
لا يوقف عليه فاقيم السبب المؤدي اليه مقامه وهو ان يكون بحيث يسمع لو اصغى اذنه ولم يكن به
مانع من السماع والمختار الاول لانه اذا لم ينبهه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته

وقيل هو على الخلاف عند ابي حنيفة يحنث خلافا لهما والمسالة معروفة فان النائم عنده كالمستيقظ في
حق الاحكام واما الثاني وهو ما اذا قال لا اكلمه الا باذنه فلان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام
او من الوقوع في الاذن قال الله تعالى واذان من الله ورسوله اي اعلام وقيل سمي الكلام اذنا لانه يقع في
الاذن الذي هو طريق العلم بالمسموعات وكل ذلك لا يتحقق الا بعد العلم وقال ابو يوسف لا يحنث لان الاذن
هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضا قلنا الرضا من اعمال القلب فيتم به ولا كذلك الاذن ثم اعلم
انه لا يحنث الا اذا كلمه بكلام يسمعه المحلوف عليه وهو مستانف بعد اليمين منقطع عن اليمين فان كان
موصولا بها لم يحنث بان يقول ان كلمتك فانت طالق فاذهبي او قومي لان هذا من تمام الكلام الاول فلا
يكون مرادا باليمين الا ان يريد به كلاما مستانفا ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة ولو سلم على جماعة
هو فيهم حنث وان نوى ما دونه دين ديانة لا قضاء ولو قال السلام عليكم الا واحدا لا يحنث ولو دخل دارا
ليس فيها غير المحلوف عليه فقال من وضع هذا او من اين هذا حنث لانه كلام له بطريق الاستفهام ولو
قال ليت شعري من اين هذا او من وضع هذا لا يحنث لانه مخاطب لنفسه ولو كان معه في الدار احد
لا يحنث في المسالتين ولو كلم غيره وقصد ان يسمعه لا يحنث ولو اشار اليه او ارسل اليه لا يحنث لان الكلام
حروف منظومة ولو كان الحالف اماما لا يحنث بالتسليمتين لانه من افعال الصلاة وليس بكلام عرفا ولو
كان المؤتم هو الحالف فكذلك الخلاف المذهبي بناء على انه يخرج بسلام الامام عنده ولو سبح او فتح عليه في
الصلاة لا يحنث وخارجها يحنث ولو قرع عليه الباب فقال من هذا يحنث ولو ناداه المحلوف عليه
فقال لبيك او لبي يحنث ولو كلمه بكلام لا يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف الروايتين ولو قال الحالف
افعلي يا حائط كذا او كذا او قصد اسماع المحلوف عليه لا يحنث ولو قال لغيره ان ابتدأتك بالكلام فعبدي حر
فالتقيا فسلم كل واحد منهما على صاحبه لا يحنث لانه لم يوجد منه كلام بصفة البداءة وهو المحلوف عليه
وسقط اليمين عن الحالف فلا يتصور حنثه في تلك اليمين ابدا لان كلاما يوجد من الحالف بعد ذلك يكون بعد
وجود الكلام من المحلوف عليه فلا يحنث لان شرط حنثه ان يكون قبله وعن هذا لو كان كل واحد منهما
حالفا ان لا يكلم صاحبه والمسالة بحالها لا يحنث كل واحد منهما ابدا لما ذكرناه ولو قال لامراته ان
ابتدأتك بالكلام فانت طالق فقالت هي ان ابتدأتك بالكلام فعبدي حر ثم ان الزوج كلمها بعد ذلك لا يحنث
لانها سبقته بالكلام حين حلفت ولا يتصور حنثها بعد ذلك لانه حين كلمها بعد يمينها فقد سبقها بالكلام
فكل كلام يوجد منها بعد ذلك يكون بعد كلامه لها ففات شرط الحنث قال لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف
اي لو حلف لا يكلم فلانا شهرا فابتداء مدة اليمين من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتابد اليمين فصار ذكر
الشهر لاخراج ما وراءه لا لاثبات المذكور ومده اليه ولان الحامل على اليمين غيظ لحقه منه في الحال فيمنع
نفسه عن الكلام في الحال فيكون ابتداؤه من حين ذلك الوقت عملا بدلالة حاله وكذا لو قال ان تركت كلامه شهرا
او ان تركت الصوم شهرا او ان لم اساكنه شهرا او كل شهرا من حين حلف لان ترك الصوم مطلقا او ترك
الكلام او ترك المساكنة مطلقا يتناول الابد فصار ذكر الوقت لاخراج ما وراءه وكذا الاجارة والاجال
بخلاف قوله لاصومن او لاعتكفن شهرا لان مطلق الصوم والاعتكاف المطلق لا يتناول الابد بل يتناول الادنى في
النفي والاثبات فيكون ذكر الوقت لمده اليه لا لاخراج ما وراءه قال رحمه الله لا يكلمه فقرأ القرآن او

سبح لم يحنث اي لو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن او سبح لا يحنث وعلى هذا التهليل والتكبير واطلاقه
يتناول القراءة والتسبيح في الصلاة وخارجها وهو اختيار شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده لانه لا
يسمى متكلما عادة وشرعا قال عليه السلام ان الله يحدث من امره ما يشاء وان مما احدث ان لا تكلموا في الصلاة
ولم يفهم منه احد ترك القراءة والذكر وقال عليه السلام ان صلاتنا هذه لا تصلح فيها شيء من كلام الناس
وانما هي التهليل والتسبيح وقراءة القرآن ولان الكلام مفسد ولو كانت هذه الاشياء كلام الناس لافسدت
وقال تعالى حتى يسمع كلام الله فعلم انه ليس بكلام الناس واختار القدوري انه اذا قرأ في الصلاة لا يحنث
وخارجها يحنث لانه في الصلاة لا يسمى متكلما عادة وكذا شرعا لما روينا واختار ابو الليث انه ان كانت اليمين
بالعربية فكما قاله القدوري وان كانت بالفارسية فكما اختاره خواهر زاده والقياس ان يحنث
في الصلاة وخارجها لوجود التكلم حقيقة وهو قول الشافعي ووجه الاستحسان ما بينا **قال**
يوم اكلم فلانا فعلى الجديدين اي الليل والنهار ومعناه لو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على
الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ
دبره والكلام لا يمتد وكذا الطلاق بخلاف الامر باليد وقد بيناه من قبل **قال** فان نوى النهار خاصة
صدق اي ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه وهو مستعمل فيه ايضا فيصدق وعن ابي يوسف انه
لا يصدق في القضاء لانه خلاف المتعارف وقد ذكرنا اختلاف الروايتين في صحة نية الحقيقة اذا كانت
الحقيقة خلاف المتعارف في قوله لياتينه ان استطاع **قال** وليلة اكلم على الليل اي لو قال ليلة
اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل خاصة لان حقيقتها في سواد الليل خاصة كالنهار للبياض خاصة
ولم يجئ استعمالها في مطلق الوقت بخلاف اليوم ومما يضاده قال الله تعالى وهو الذي جعل الليل والنهار
خلفة **فان قيل** كيف يصح ان يقال لم يجئ استعمال الليل لمطلق الوقت وقد اطلقته العرب على الليل والنهار
حتى قال الشاعر وكنا حسبنا كل سوداء تمرة ليالي لاقينا جذاما وحميرا **قلنا** هذا القائل ذكر الليالي
بعبارة الجمع وذكر عدد احدهما بعبارة الجمع يدخل ما بازائه من العدد الآخر على ما بينا في الاعتكاف وكلامنا
هنا في المفرد فلا يلزمنا **قال** رحمه الله ان كلمته الا ان يقدم زيد او حتى او الا ان يأذن او حتى يأذن
فكلم قبل قدومه او اذنه حنث وبعدهما لا اي لو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او حتى يقدم فلان او
قال الا ان يأذن لي فلان او حتى يأذن لي فلان فامرأته طالق فكلمه قبل قدومه او اذنه طلقت ولو كلمه
بعد القدوم والاذن لا يطلق لان القدوم والاذن صار غاية لليمين فيبقى اليمين قبل وجود الغاية
فيحنث بوجود الشرط لبقاء اليمين ولا يحنث بعدها لانتهاء اليمين وانما قلنا انهما غايتان لدخول حرف الغاية
فيهما وهي كلمة حتى والا ان اما حتى فظاهر فانها للغاية واما الا ان فالاصل فيها انها للاستثناء وتستعار
للشرط والغاية اذا تعذر الاستثناء لمناسبة بينها وبينهما وهو ان حكم ما قبل واحد من الاستثناء
والشرط والغاية يخالف ما بعده ثم الاصل فيها اذا تعذر الاستثناء انها متى دخلت على ما لا يتوقت
تكون للشرط كقوله انت طالق الا ان يقدم فلان ان قدم لا تطلق وان لم يقدم حتى مات طلقت فجعلت على
الشرط كانه قال ان لم يقدم فلان فانت طالق لان الاستثناء متعذر لعدم المجانسة بين الطلاق والقدوم
وكان حملها على الشرط اولى من حملها على الغاية فيه لان الطلاق لا يحتمل التأقيت لانه متى وقع به
وقت وقع في جميع الاوقات فتعين ان يكون للشرط فلو كان معلقا بعدم القدوم لا بوجوده لانه جعل القدوم
رافعا للطلاق فلو كان معلقا على عدم الطلاق بعدم القدوم على وجود الطلاق وان دخلت على ما يتوقت
تكون للغاية كما في ما عرفته من مسألة الكتاب لان الاستثناء متعذر لعدم المجانسة بين الاذن والكلام
فحملت على الغاية لانها دخلت على اليمين وهي تقبل الغاية كما اذا حلف لا يكلمه الى رجب ونحو ذلك فكان حمله
على الغاية اولى من حمله على الشرط لان مناسبة الشرط للغاية اقوى من مناسبته للشرط الا ترى ان الحكم
موجود فيهما في الحال بخلاف الشرط فاذا ثبت هذا فنقول اذا كلمه قبل القدوم او الاذن يحنث لان اليمين
انتهت بوجود الغاية **قال** وان مات زيد سقط الحلف اي لو مات زيد قبل ان يقدم او يأذن
سقطت اليمين لان حكم هذه اليمين حرمة الكلام في مدة تنتهي بالقدوم والاذن وبعد الموت لا يتصور ذلك
فبطلت ولا يعتبر تصوره باعادة الحياة فيه لان المحلوف عليه الاذن او القدوم في هذه الحياة فصار كما لو حلف
ليقتلن فلانا وقد مات فلا يحنث في الحال لليأس من القتل ولا يعتبر تصور القتل لبقاء اليمين باعادة الحياة فيه
وهذا عندهما وقال ابو يوسف لا تبطل اليمين لان التصور ليس بشرط على ما بينا في مسألة الكوز فكذا
بقاؤها فتتأبد اليمين لسقوط الغاية **قال** لا يأكل طعام زيد او لا يدخل داره او لا يلبس ثوبه او لا يركب
دابته او لا يكلم عبده ان اشار وزال ملكه وفعل لم يحنث كالمتجدد وان لم يشر لا يحنث بعد الزوال وحنث
بالمتجدد اي لو حلف لا يأكل طعام زيد الى آخره ان اشار الى الطعام ونحوه بان قال طعام زيد هذا اي
هذا الطعام فزال ملك المحلوف عليه ثم اكله الحالف لا يحنث كما لا يحنث في اكل طعامه المتجدد بان ملكه بعد
اليمين وان لم يشر اليه بل اطلقه بان قال لا آكل طعام زيد فزال ما كان ملكه في ذلك الوقت عن ملكه فاكله
لا يحنث ايضا ولو تجدد له ملك غير ذلك فاكله يحنث هنا فحاصله انه ان اشار اليه مع الاضافة فخرج
عن ملكه لم يحنث بالفعل وان تجدد له ملك لم يحنث ايضا وان لم يكن مشارا اليه يحنث في ملكه مطلقا
سواء كان موجودا في ملكه عند اليمين او حدث بعده اما اذا لم يشر اليه فلانه عقد يمينه على فعل واقع في محل
واقع في محل مضاف الى فلان فيحنث ما دامت الاضافة باقية وان كانت متجددة بعد اليمين ولا يحنث بعد
زوالها لعدم شرط الحنث وعن ابي يوسف انه لا يحنث في الملك المتجدد له في الدار وحدها لان الملك لا
يستحدث فيها عادة فهي اول ما يشترى وآخر ما يباع فتتقيد اليمين المضافة الى الدار بالقائمة منها
في ملكه وقت اليمين وعنه في رواية يتقيد اليمين في الجميع بالقائم في ملكه وقت الحلف ونحن نقول ان
اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه والعرف مشترك فلا يصلح مقيدا واما اذا اشار اليه فلان اليمين تعقد على
الملك كما اذا لم يعين وهذا لان هذه الاعيان لا يقصد هجرانها لذواتها بل لمعنى في ملاكها واليمين تتقيد
بمقصود الحالف ولهذا تتقيد بالصفة الحاملة على اليمين وان كانت في الحاضر على ما بينا من قبل وهذه
صفة حاملة على اليمين فتتقيد بها فصار كانه قال ما دام ملكا لفلان نظرا الى المقصود وهذا عندهما
وقال محمد يحنث اذا فعل بعدما خرج من ملكه لانه جمع بين الاشارة والاضافة وكل واحد منهما للتعريف
الا ان الاشارة ابلغ من التعريف لانها تقطع شركة الاغيار والاضافة لا تقطع فاعتبرت الاشارة ولغت
الاضافة والمشار اليه قائم فيحنث وجوابه ما بينا وقوله الاضافة تلغو مع الاشارة قلنا الاضافة انما
تلغو اذا لم تكن فيها فائدة اخرى غير التعريف وهنا في اضافة الملك فائدة اخرى غير التعريف وهو هجران

صاحبها الجواز ان يكون حاملة على اليمين غيظ لحقه من جهة المالك فيعتبر ان حتى اذا فقد احدهما لا يحنث
قال وفي الصديق والزوجة حنث في المشار بعد الزوال اي لو حلف لا يكلم صديق فلان هذا
او زوجته فلان هذه فكلمه بعد زوال الصداقة والزوجية حنث وهذا بالاجماع لان الحر مقصود
بالهجران لذاته فكانت الاضافة للتعريف المحض والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لانه لم يعين اي
لم يقل لا اكلم صديق فلان لان فلانا عدو لي فلا يشترط دوامها خلاف ما مر على قول ابي حنيفة وابي يوسف
لان تلك الاعيان لا تهجر لذواتها اما غير العبد فظاهر وكذا العبد على ظاهر الرواية خلافا لما يروى
عن ابي حنيفة لانه لخسته وسقوط منزلته الحق بالجماد حتى يباع كالبهائم فلا يقصد بالهجران فكانت
الاضافة معتبرة فلا يحنث بعد زوالها قال وفي غير المشار لا اي لو حلف في غير المشار اليه من
الصديق والزوجة بان قال لا اكلم صديق فلان او زوجته فزالت النسبة اليه بان تعادى الصديق
او طلق زوجته فكلمه لا يحنث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحنث لان المقصود هجرانه
والاضافة للتعريف فصار كالمشار اليه ولهما ان هجرانه لغيره محتمل وترك الاشارة والتسمية باسمه
يدل على ذلك فلا يحنث مع الاحتمال بالشك قال وحنث بالمتجدد اي حنث بالمستحدث من الصديق
والزوجة في هذه الصورة وهي ما اذا حلف لا يكلم صديق فلان او زوجته ولم يشر اليه وهذا عندهما
وعند محمد لا يحنث وهو مبني على ما تقدم من انه تناول المعين وهو الموجود فيكون معادا انه
لذاته عنده وعندهما لاجل الاضافة هذا اذا لم يكن له نية واما اذا نوى فعلى ما نوى لانه محتمل
كلامه قال لا اكلم صاحب هذا الطيلسان اي حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه فكلمه
حنث لان الانسان لا يمتنع عن كلام صاحب الطيلسان لاجل الطيلسان فكانت الاضافة للتعريف فتعلقت
اليمين بالمعرف ولهذا لو كلم المشتري لا يحنث قال رحمه الله الزمان والحين ومنكرهما ستة
اشهر والمراد بالمنكر ما لم يدخله الالف واللام منهما حتى لو قال لا اكلمه حينا او زمانا او الحين
او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين يذكر بمعنى الساعة قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون
وحين تصبحون اي ساعة تمسون وتطلق على اربعين سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر
والمراد اربعون سنة وتطلق على ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين قال ابن عباس رضي الله
عنهما هي ستة اشهر فيحمل عليه لانه هو الوسط وخير الامور اوساطها ولان القليل لا يقصد الامتناع
عنها باليمين للقدرة على الامتناع بدونها واربعون سنة بمنزلة الابد ومن يوحل ان يحلف اربعين
سنة ولو قصد ذلك لا طلقه ولم يذكر الحين لانه يتابد عند الاطلاق فتعين ما عيناه والزمان
يستعمل استعمال الحين يقال ما رايتك منذ حين ومنذ زمان ويستوي فيه المعرف والمنكر لان
ستة اشهر لما كانت معهودة انصرف المعرف اليها هذا اذا لم يكن له نية واما اذا نوى شيئا فعلى ما نوى
لانه محتمل كلامه قال والدهر والابد العمر لان المعرف منهما يراد به الابد عادة قال الله تعالى هل
اتى على الانسان حين من الدهر اي الابد وقال عليه السلام من صام الابد فلا صيام له اي عمره كله
قال ودهر مجمل اي المنكر منه مجمل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو كالحين والزمان
في المنكر خاصة هو الصحيح واما المعرف بالالف واللام يراد به الابد بالاجماع على ما بينا لهما

انه يستعمل استعمال الحين يقال ما رايته منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد وابو حنيفة توقف فيه
وقال لا ادري ما الدهر والتوقف عند عدم المرجح من الكمال لما روي انه عليه السلام سئل عن
خير البقاع فقال لا ادري حتى اسال جبريل عليه السلام فسال جبريل عليهما السلام فقال لا ادري
حتى اسال ربي عز وجل فصعد الى السماء ونزل فقال سالت ربي عن ذلك فقال خير البقاع المساجد
وخير اهلها من يكون اول الناس دخولا واخرهم خروجا وسئل ابن عمر عن شيء فقال لا ادري ثم قال بعد
ذلك طوبى لابن عمر سئل عن شيء لا يدري فقال لا ادري فعلم انه من الكمال والتورع وقيل انما قال لا ادري
تادبا وحفظا للسانه عن التحدث في الدهر فانه جاء في الخبر انه عليه السلام قال لا تسبوا الدهر فان الله
هو الدهر اي خالق الدهر وقيل وجد استعمال الناس فيه مختلفا فان المعرف منه للابد والمنكر بخلاف
ذلك فقال لا ادري ما الدهر لان اللغات لا تدرك بالراي فترك الخوض فيه بالقياس قال
والايام وايام كثيرة والشهور والسنون عشرة ومنكرها ثلاثة وكذلك الجمع والازمنة وهذا عند
ابي حنيفة وقالا في الايام وايام كثيرة سبعة والشهور اثنا عشر وما عداها للابد والمنكر منها ثلاثة
بالاجماع لانه جمع منكر فيتناول الاقل للتيقن به بخلاف المقاوضات حيث يبطل مثله لانه يفضي الى
المنازعة للجهالة واما المعرف بالالف واللام فالاصل فيه انه للتعريف للعهد ان كان ثم معهود وان
لم يكن فللجنس فاذا كان للجنس فلا يخلو اما ان ينصرف الى ادنى الجنس او الى الكل ولا ثالث لهما فاذا
ثبت هذا فهما يقولان وجد العهد هنا في الايام والشهور لان الايام تدور على سبعة والشهور على اثني عشر
فينصرف اليه وفي غيرهما لم يوجد فيستغرق العمر وابو حنيفة يقول ان اكثر ما يطلق عليه اسم الجمع عشرة
واقله ثلاثة فاذا دخلت الة التعريف استغرق الجمع وهو العشرة لان الاكثر من الاقل بمنزلة العام من الخاص
والاصل في العام هو العموم ما لم يقم الدليل على الخصوص فحملناه عليه ولا نسلم ان ما ذكر معهود لان انتهائها
لانتهاء اساميها لا لانفسها والة التعريف انما دخلت على الايام او الشهور ونحوها فانصرفت الى تعريفها
لا لانفسها فصارت لاقصى ما يطلق عليه ذلك اللفظ فان قيل الة التعريف اذا دخلت على الاعيان تفيد
تعريف الجنس لا تعريف العدد الا ترى ان من حلف لا يشتري العبيد او لا يتزوج النساء ينصرف الى الجنس
لا الى العدد فوجب ان يكون كذلك قلنا العدد في الزمان معهود لانه معدود عادة فصار صرفه
الى هذا المعهود اولى من صرفه الى الجنس لانه يتبادر الى الذهن ولانه لو حمل على العدد لحمل على العشرة لتحديد
المنكر لعدم الاولوية وذلك لا يجوز بعد دخول الة التعريف فيكون باطلا بخلاف الزمان فان ابتداءه
من وقت اليمين فلا يتنكر فان قيل الجمع المحلى بالة التعريف يحمل على الادنى مع احتمال الكل كقوله لا
اشتري العبيد ونحوه فيحمل ههنا على الكل قلنا الاصل في العموم الاستغراق الا اذا تعذر فامكن
ذلك في الازمان دون الاعيان لان غرضه المنع عما يقدر عليه او الحمل وهو لا يقدر ان يشتري الافراد
كلها في الاعيان فكيف يمنع نفسه عنه ولو امتنع عنه يضاف الامتناع الى العدم القدرة لا الى اليمين بخلاف
الزمان فانه يمكنه ان يمتنع في الكل وكذا بالفعل مرة في ذلك الزمان يحنث لان من حلف لا يفعل شيئا
في زمان ففعله مرة حنث كمن حلف لا يكلم فلانا شهرا فكلمه مرة وفي الاعيان لا يحنث حتى يفعل في كل فرد
من افراده فلو حمل على الاستغراق لما تصور حنثه فلا يحتاج الى ان يمنع نفسه عنه لعدم قدرته على الفعل

في الحل وفي قوله لا اكلمه ايامًا كثيرة انما انصرف الى المعهود وهو العشرة عنده وعندهما السبعة لانه لما وصفه بالكثرة نعلم بالضرورة انه لم يرد به الاقل وهو الثلث لانه لو لم يصفه كان منصرفا اليه وكان منصرفا اليه وليس بعض الاعداد بما فوق الثلث باولى من البعض فينصرف الى المعهود ولفظ الايام على القولين نحو الجمع معرفا ومنكرا يقع على ايام الجمعة في الملك وله ان كلمه ما بين الجمعتان لانه حقيقة اسم ليوم مخصوص الا اذا نوى الاسبوع فيصدق للاحتمال وللتغليظ على نفسه ۝ والله اعلم ۝

باب اليمين في الطلاق والعتاق

الاصل في هذا الباب ان الولد الميت حق غيره لا في حق نفسه وان الاول اسم لفرد سابق والاخير لفرد لاحق والوسط لفرد بين العددين المتساويين وان الشخص الواحد يتصف بواحد من هذه الثلثة فلا يتصف بالاخرى منها لتنافي بينهما وكذلك الفعل **قال** رحمه الله ان ولدت كذا حنث بالميت بخلاف فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وحده اي لا يعتق الذي يولد بعده ومعنى هذا الكلام ان من قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود ولد حقيقة وعرفا وشرعا حتى ينقضي به العدة والدم الذي بعده نفاس وتصير الامة ام ولد وترجى شفاعته يوم القيمة قال عليه السلام ان الولد ليقوم محبنطئا على باب الجنة فيقول لا ادخل الجنة حتى يدخل ابواي فاذا كان ولدا تحقق الشرط فينزل الجزاء على امته ضرورة بخلاف ما اذا قال اذا ولدت ولدا فهو حر حيث يشترط ان يكون حيا عند ابي حنيفة حتى اذا ولد ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي عنده وهو المراد بقوله بخلاف فهو حر اي بخلاف قوله اذا ولدت ولدا فهو حر وقال ابو يوسف ومحمد لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهو الجزاء بخلاف اليمين لا يتوقف على نزول الجزاء الا ترى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فابانها وانقضت عدتها ثم دخلت الدار انحلت اليمين فصار كما لو علق به الطلاق او اعتق غيره على ما بينا والذي يحققه انه لو قال ثاني ولد تلدينه فهو حر فولدت ميتا ثم اخر حيا عتق الثاني فلولا ان الاول ولادة لما عتق الثاني وصار او لانه لما جعل الحرية وصفا للمولود تقيد بولادة الحي نظرا الى هذا الوصف اذ الميت لا يقبله فيه قال زفر فارقهما استشهادا به لان الجزاء هناك ليس وصفا للشرط او يقول ثبت الحياة فيه مقتضى صونا لكلام العاقل عن اللغو الا ترى انه لو قال ان ولدت ولدا ميتا فهو حر لغى ونظيره ما اذا قال ان ضربت فلانا فعبدي حر فيتقيد بحياة المضروب لان معنى الضرب وهو الايلام لا يتحقق بعد الموت بخلاف ما اذا قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا لغيره حيث تنحل به اليمين ولم يتقيد اليمين بالشرا لنفسه لان المشترى لغيره محل للاعتاق وان كان لا ينفذ فيه الا باجازة المالك وعلى هذا الخلاف لو قال اول ولد تلدينه فهو حر فانه يتقيد بوصف الحياة عنده حتى لو ولدت ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وعندهما لا يعتق بخلاف ما اذا قال اول ولد تلدينه حيا او قال ان ولدت ولدا حيا فهو حر لانه قيده بالحياة نصا وبخلاف ما اذا قال اول عبد يدخل علي فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم اخر حي يعتق الاخر بالاجماع في الصحيح والعذر لهما ان العبودية بعد الموت لا تبقى لان الرق يبطل بالموت بخلاف الولد او الولادة فانه يطلق على الميت

اجماعا ولهذا لو علق به الطلاق او حرية عبده لا يتقيد بالحياة **قال** اول عبد املكه فهو حر فملك عبدا اعتق ولو ملك عبدين ثم اخر لا يعتق واحد منهم لان الاول اسم لفرد سابق لا يشاركه غيره في اسمه ومعناه فالمشترى في المسئلة الاولى وجد فيه هذا المعنى فيعتق وفي الثانية لم يوجد لانه لما اشترى العبدين معا في عقد واحد لم يوجد فيهما الشرط وهو التفرد به ولا فيما اشتراه بعدهما لعدم السبق **قال** ولو زاد وحده عتق الثالث اي زاد هذه الجملة على الكلام الاول بان قال اول عبد اشتريه وحده او املكه وحده فهو حر فاشترى عبدين معا ثم واحدا بعدهما عتق الثالث لانه يراد به الانفراد في حالة الشرا لان وحده للحال لغة يقال جاء زيد وحده اي منفردا فيشترط انفراده في حالة الشرا ولم يسبقه احد بهذه الصفة فكان اولا فصار نظير ما لو قال اول عبد اشتريه بالدنانير فهو حر فاشترى عبيدا بالدراهم او بالعروض ثم اشترى عبدا بالدنانير عتق لما قلنا وكذا لو قال اول عبد اشتريه اسود فهو حر فاشترى عبدا ابيض ثم اشترى اسود عتق وفي المسئلة الاولى قال اول عبد اشتريه ولم يتعرض لحاله **فان قيل** لو قال اول عبد اشتريه واحدا فهو حر فاشترى عبدين ثم اشترى عبدا لا يعتق الثالث فما الفرق بينهما **قلنا** الفرق بينهما ان وحده يقتضي الانفراد في الفعل المقرون به وينفي مشاركة الغير اياه في ذلك الفعل ولا يقتضي الانفراد في الذات وواحدا يقتضي الانفراد في الذات وتاكيد الموجب الا ترى انه يصح ان يقال في الدار رجل واحد وان كانت معه امراة لانه يقتضي الانفراد في ذاته وهو الرجولية لا في الفعل المقرون به وهو الكينونة في الدار ولا يصح ان يقال وحده لانه يقتضي وصف التفرد للرجل في الفعل المقرون به وهو الكينونة في الدار لا انفراده في ذاته وهو الرجولية وعلى هذا لو قال ما في الدار رجل واحد وفيها رجلان كان كاذبا ولو قال ما في الدار رجل وحده كان صادقا فاذا ثبت هذا فقوله املكه وحده يقتضي التفرد في الملك والعبد الثالث متصف بهذه الصفة على ما بيناه فيعتق وقوله واحدا صفة للعبد فيقتضي التفرد في ذاته فلم يتعلق الحكم به وجرى وجوده مجرى عدمه فيما يرجع الى معنى التفرد حالة الشرا فلم يعتق الا اذا نوى معنى التوحد في حالة الشرا ولانه يحتمل ان يكون حالا من العبد او من المولى فلا يعتق بالشك ولو قال اول عبد املكه فهو حر فملك عبدا ونصف عبد عتق العبد الكامل لان نصف العبد ليس بعبد فلم يشاركه في اسمه فلا يقطع عنه وصف الاولية والفردية كما لو ملك معه ثوبا او نحوه بخلاف ما اذا قال اول كر املكه فهو هدي فملك كرا ونصف كر حيث لا يلزمه شيء لان النصف يزاحم الكل في المكيلات والموزونات لانه بالضم يصيرشيئا واحدا بخلاف الثياب والعبيد **قال** ولو قال اخر عبد املكه فهو حر فملك عبدا فمات لم يعتق لان الاخر اسم لفرد لاحق لا يشاركه غيره من جنسه ولا سابق له فلا يكون لاحقا الا ترى انه يدخل في قوله اول عبد املكه فيستحيل ان يكون ضده **قال** ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الاخر لانه فرد لاحق فيستند العتق الى وقت الشرا حتى يعتق من جميع المال ان كان شراؤه في صحته عند ابي حنيفة وعندهما يعتق مقتصرا على حالة الموت فيعتبر من الثلث على كل حال لان الاخرية تثبت بعدم شرا غيره بعده فصار الحنث متعلقا بعدم الشرا بعده وانما يتحقق العدم عند الموت فيقتصر العتق على زمن الموت كما لو قال ان لم اشتر عليك عبدا فانت حر فلم يشتر حتى مات يعتق المخاطب مقتصرا على حالة الموت فكذا هذا لانه في معناه والمعنى هو المعتبر وله ان الاخرية تثبت للثاني

ثم اشتراه الا ان هذه الصفة بعرض الزوال لاحتمال شرا غيره بعده فاذا مات ولم يوجد ما يبطل صفة
الاخرية تبين انه كان اخر من اشتراه فيعتق من ذلك الوقت كما لو علق الطلاق او العتاق بالحيض
فرات الدم لم يحنث للحال لاحتمال الانقطاع دون الثلث فاذا استمر ثلثة ايام تبين ان العتق او الطلاق
كان واقعا من وقت رات الدم ونحو قولهم ان صفة الاخريه انما تثبت بعدم شرا غيره قلنا نعم ولكن ذلك غير
مذكور فلم يجعل شرطا شرعا الا ترى انه لو ال من امراته ومضت اربعة اشهر ثم قال كنت فيت اليها لم يقبل
قوله مع ان الطلاق معلق بعدم القربان لكنه لما لم يكن ملفوظا صريحا لم يجعل شرطا بخلاف ما لو قال ان لم
اقربك اربعة اشهر فانت طالق بائن فلما مضت اربعة اشهر قال كنت قربتها في المدة فانه يقبل قوله هذا
بنا على هذا الخلاف ما اذا قال اخر امراة اتزوجها فهي طالق ثلثا يقع عندنا الموت عندهما وترث حكم انه
فار ولها مهر واحد وعليها العدة لابعد الاجلين من عدة الطلاق والوفاة وان كان الطلاق رجعيا
فعليها عدة الوفاة وتحد وعنده تقع مذ تزوجها فان كان دخل بها فلها مهر ونصف مهر بالدخول
بشبهة ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وعدتها بالحيض بلا احداد ولا ترث منه ولو قال اخر امراة اتزوجها
فهي طالق فتزوج امراة ثم اخرى ثم طلق الاولى ثم تزوجها ثم مات طلقت التي تزوجها مرة لان التي
اعاد عليها التزوج اتصفت بكونها اولى فلا تتصف بالاخرية للتضاد كمن قال اخر عبد اضربه فهو حر
فضرب عبدا ثم ضرب اخر ثم اعاد الضرب في الاول ثم مات عتق المضروب مرة **قال** رحمه الله كل عبد
بشرني بكذا فهو حر فبشره ثلثة متفرقون عتق الاول لان البشارة اسم لخبر سار صدق ليس للمبشر به علم
عرفا ويتحقق ذلك من الاول دون الباقين الا ترى الى ما روي انه عليه السلام مر بابن مسعود وهو
يقرا القران ومعه ابو بكر وعمر فقال عليه السلام من اراد ان يقرا القران غضا طريا كما انزل فليقراه بقراءة
ابن ام عبد فاخبره بذلك ابو بكر ثم عمر فكان يقول ابن مسعود بشرني ابو بكر واخبرني عمر فقد سمى ابا بكر
مبشرا لانه اخبر بخبر سار صدق ليس له به علم وهذا بخلاف الخبر حيث لا يشترط عدم العلم به حتى لو
قال من اخبرني بقدوم فلان فهو حر فاخبره ثلثة متفرقون عتقوا لما بينا وروينا لانه يشترط ان يكون
صدقا كالبشارة ولو ارسل اليه العبد عبدا في البشارة والخبر لان الكتابة والمراسلة تسمى بشارة وهذا
بخلاف الحديث حيث لا يحنث الا بالمشافهة ولو ان عبدا لما ارسل اليه عبدا اخر بالبشارة فجا الرسول
وقال للمولى ان فلانا يقول لك قدم فلان عتق المرسل دون الرسول لانه بمنزلة الكاتب ولو قال الرسول
ان فلانا قد قدم ولم يقل ارسلني عتق الرسول خاصة **قال** وان بشروه معا عتقوا لان البشارة
تحققت من الجميع لانها عبارة عن خبر يغير بشرة الوجه لغة وفي العرف عبارة عما بيناه وهي تحقق من
الجماعة قال الله تعالى وبشروه بغلام عليم **قال** وصح شرا ابيه للكفارة لا شرا من حلف بعتقه وام
ولده وقال زفر والشافعي لا يجوز شرا ابيه ايضا عن الكفارة ومعنى هذه المسالة في ام الولد ان يقول
لامة غيره وقد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني فاشتراها فانها تعتق
لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة والاصل فيه ان النية اذا قارنت علة العتق ورق المعتق كامل
صح التكفير والا فلا والخلاف في المسالة الاولى بنا عليه فعندهما علة العتق القرابة لانها علة الصلات
من الاقارب لانها تجب بالقرابة كما في النفقة والتزاور والشرا شرط العتق لانه سبب الملك والاعتاق

سبب لزواله وبينهما تناف فاستحال اضافة العتق الى الشرا فلم تتصل النية بعلة العتق فلا يصح كمن
قال لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر فاشتراه ناويا عن الكفارة فانه لا يجزيه وهو المراد بقوله لا شرا
من حلف بعتقه والجامع بينهما ان نية التكفير قارنت الشرط في المسالتين وهو الشرا لا العلة وهو
التعليق الاول ولهذا اشترط الاهلية عنده حتى لو قارنته النية صح وجاز عن الكفارة ولانه فيه صرف
منفعة الكفارة الى ابيه ولا يجوز كغيرها من القرب الواجبة عليه **ولنا** ان شرا القريب اعتاق قال
عليه السلام لا يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه رواه الجماعة الا البخاري
اي يعتقه بذلك الشرا لانه لا يحتاج العتق الى شي اخر وهذا كما يقال سقاه فارواه اي بذلك السقي
وضربه فاوجعه اي بذلك الضرب وقد اقترنت النية به فوجب القول بجوازه لاقتران النية بعلة
العتق والدليل على انه اعتاق ان الرجل لو اشترى نصفه من احد الشريكين يضمن ان كان موسرا
وهذا الضمان لا يجب الا على المعتق ولان الشرا يوجب الملك والملك يوجب العتق في القريب فيضاف
الملك مع حكمه الى الشرا لانهما حكم ثابت به وهذا كمن رمى انسانا فاصابه فمات فقتل به كانه حز رقبته
بالسيف لان الرمي يوجب نفوذ السهم ومضيه في الهوا والنفوذ سبب للوقوع في المرمي اليه والوقوع
سبب الجرح وهو سبب الموت فيضاف الى الرمي الذي هو علة ولان العتق صلة والملك تاثير في استحقاق
الصلة شرعا حتى يجب الزكاة باعتبار الملك صلة للفقرا كما للقرابة تاثير في استحقاق الصلة فكانا
علة ذات وصفين ومتى تعلق الحكم بعلة ذات وصفين يضاف الحكم الى اخرهما لان تمام العلة به
واخر الوصفين هنا الملك فيكون به معتقا ولهذا لو ادعى احد الشريكين نسب نصيبه من العبد
المشترك ضمن نصيب شريكه لان القرابة صارت اخر الوصفين فصار بها معتقا ولا يدخل على هذا الشاهد
الشاهد الثاني حيث لا يضاف الحكم اليه وحده وان تمت الحجة به بل يجب عليهما ضمان ما اتلفا بشهادتهما
عند الرجوع لان الشهادة لا توجب شيا بدون القضا والقضا يكون بهما جميعا ولا يقال ان العتق مستحق
بالقرابة لانا نقول الاستحقاق لا يثبت قبل كمال العلة ولا معنى لقولهم فيه صرف منفعة الكفارة الى
ابيه لانه لما جاز صرفها الى عبده فاولى ان يجوز الى ابيه بخلاف غيرها من انواع الواجبات كالاطعام
والكسوة والزكاة لانه لا يجوز صرفها الى عبده فكذا الى ابيه وعلى هذا الخلاف لو وهب له قريبه او
تصدق عليه به فقبل ناويا عن الكفارة بخلاف ما اذا ورثه فانه جبري ولا فيه صنع ولا اختيار ولهذا
لا يجب عليه الضمان لشريكه به فلا يمكن ان يجعل معتقا بدون اختياره ومباشرته وانما لا يجوز شرا
من حلف بعتقه عن الكفارة اذا نوى بالشرا عن الكفارة لان النية لم تقترن بالعلة وهي اليمين ولا
يقال المعلق بالشرط كالمنجز عنده فيكون علة في ذلك الوقت وقد اقترنت النية به لانا نقول
هو كالمنجز في ذلك الوقت حكما لا حقيقة الا ترى ان الاهلية شرط كالنية وهي تشترط عند العلة
وهي اليمين واما الشرا فشرط محض لانه لا يضاف اليه الحكم وهو العتق وانما يضاف الى اليمين السابقة
لانه هو المؤثر حتى لو اقترنت النية به بان قال ان اشتريتك فانت حر عن كفارة يميني فاشتراه جاز
عن كفارته لاقتران النية بالعلة الا اذا كانت امة قد استولدها بالنكاح فان عتقها لا يجزي عن الكفارة
لاستحقاقها الحرية بجهة اخرى وقال عليه السلام اعتقها ولدها **قال** رحمه الله ان تسريت

امة فهي حرة صح لو في ملكه اي لو قال ان تسريت امة فهي حرة فتسرى امة كانت في ملكه يوم حلف
عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لانها منكرة والمملوك في ذلك الوقت على العموم لكون الامة نكرة في
سياق الشرط وهو كالنفي **قال** والا اي ان لم تكن الجارية التي استولدها في ملكه حين حلف لا يصح
ومراده انه لا يتناول من ليس في ملكه يوم حلف حتى لو اشترى جارية وتسرى بها لا تعتق وقال
زفر تعتق لان التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكرا للملك كمن قال لاجنبية ان طلقتك
فعبدي حر يصير كانه قال ان تزوجتك وطلقتك فعبدي حر لان الطلاق لا يصح الا في الملك فصار ذكره
ذكرا للملك فكذا هنا ولا يقال هذا اثبات الملك بالاقتضاء وهو لا يرى الاقتضاء لانه يجوز انه اثبته بدلالة
اللفظ او الحذف اذ اثبات ما لم يذكر لا ينحصر بالاقتضاء بل الظاهر انه من باب دلالة اللفظ لانه بمجرد
ذكر التسري يسبق الملك الى الفهم وفي الاقتضاء لا يلزم الفهم من اللفظ وقد سبق هذا في قوله ان اكلت او
شربت يفهم منه الطعام وهو مقتضى ولنا ان اليمين بالعتق انما تصح في الملك او مضافا اليه او الى
سببه ولم يوجد واحد منها في حقها وهذا لان التسري عبارة عن التحصين والمنع عن الزوج ماخوذ
من السرية واحدة السراري وهي منسوبة الى السر وهو الجماع او الاخفاء او الى السرور لان الانسان
يسر بها او الى السر وهو السيد وهي من جملة ما غير في النسب الى فعلية كما قالوا في السبحان الدهر
دهري والى الارض السهلة سهلي وقلبت احدى الراءات ياء في سرية واصله تسررت كما قلبت
احدى النونات ياء في تظنيت وطلب الولد ليس بشرط في التحصين للتسري خلافا لابي يوسف حتى لو عزل
عنها لا يكون تسريه عنده فاذا كانت عبارة عن التحصين وذلك يكون بملك النكاح كما يكون بملك اليمين
فلا يكون من ضرورته ملك المتعة لا ملك الرقبة فلا يصير ذكره ذكرا لملك اليمين كما اذا قال للجارية الغير
اذا جامعتك فانت حرة فاشتراها وجامعها لم تعتق لما قلنا بخلاف الطلاق لانه لا يملك التطليق
الا بملك النكاح فيصير ذكره ذكرا للنكاح ولئن سلمنا ان ذكر التسري ذكر لملك اليمين لا يلزم منه
عتقها لان اشتراط الملك ثبت اقتضاء ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدرها ولا يظهر ثبوته
في حق صحة الجزاء وهو الحرية لان ما ثبت اقتضاء للضرورة يتقدر بقدرها ولا يظهر فيما وراءها
وهذا لانه لما جعل التسري شرطا للعتق يحتاج الى اثبات الشرط وهو التسري ولا يجوز التسري
الا في الملك فلزم الملك ضرورة صحة هذا الشرط وهو التسري واما نزول الجزاء فالشرط مستغن عنه
لانه يمكن ثبوت الشرط بدون نزول الجزاء الا ترى ان التسري يوجد وان لم تعتق الامة وفي مسئلة الطلاق
ظهر النكاح في حق الشرط وهو الطلاق الذي علق به العتق ولم يتعد الى الجزاء وانما يعتق العبد الذي في ملكه
لانه صادف التعليق لكونه في ملكه للحال وللانسان ان يعلق عتق عبده بشرط سيوجد ونظيره مسئلتنا
ما لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فانت طالق ثلاثا فتزوجها فطلقها واحدة لم يطلق ثلاثا لان ذكر
الطلاق ذكر للنكاح لصحة الطلاق الذي هو الشرط ولم يكن ذكرا للنكاح في صحة الجزاء وهو وقوع
الثلث المعلق بالطلاق الذي هو الشرط وما قاله زفر لا يصح لانه لو كان كما قاله لما تناول من كان في
ملكه يوم حلف بعدم الكلام ان ملكت جارية وتسريت بها فهي حرة فلا يعتق من كانت في ملكه يوم حلف
اذا تسرى بها وزال ما استشهد به زفر رحمه الله ان نقول لامة ان تسريت بك فعبدي حر فاشتراها

لانه كان مع

فتسرى بها عتق عبده الذي كان في ملكه وقت الحلف ولا يعتق من اشتراه بعده **قال** كل
مملوك لي حر عتق عبيده القن وامهات اولاده ومدبروه لان المطلق ينصرف الى الكامل وملكه لهؤلاء
كامل لانه يملكهم رقبة ويدا ولو قال اردت به الرجال دون النساء دين ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص
في اللفظ العام وهذا بخلاف ما لو قال نويت السود دون البيض او بالعكس حيث لا يصدق ديانة ولا
قضاء لانه نوى التخصيص بوصف ليس في اللفظ ولا عموم له اذ لم يدخل تحت اللفظ فلا تعمل فيه نية
التخصيص ولو قال نويت النساء دون الرجال لم يصدق لان المملوك حقيقة للذكور دون الاناث
فان الانثى يقال لها مملوكة لكن عند الاختلاط يستعمل عليهم لفظ المذكر عادة بطريق التبعية ولا
يستعمل فيهن عند الانفراد بهن فيكون نية لغوا بخلاف ما اذا نوى الرجال خاصة حيث يصدق
لانه نوى حقيقة كلامه لكنه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء وكذا لو قال نويت غير المدبر لم يصدق
قضاء **قال** لا مكاتبه اي لا يعتق مكاتبه بهذا اللفظ لان الملك فيه ناقص لانه خرج من ملك المولى
يدا ولهذا لا يملك المولى اكسابه ولا يحل له ان يطأ مكاتبته ويضمن جنايته عليه كجنايته على الاجنبي
وكذا معتق البعض لا يعتق عند ابي حنيفة لانه كالمكاتب عنده فيكون قاصرا فلا يدخل تحت الاطلاق
الا بالنية كالمختلعة لا تدخل تحت قوله كل امراة لي طالق بخلاف المدبر وام الولد لان الملك فيهما
كامل فيدخلان تحت الاطلاق والرق فيهما ناقص لاستحقاقهما الحرية من وجه فلا يجزيان عن
الكفارة والمكاتب عكسه فان رقه كامل وملكه ناقص فانعكس الحكم لذلك **قال** هذه طالق او
هذه وهذه طلقت الاخيرة وخير في الاوليين لان كلمة او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين
الاوليين وعطف الثالثة على المطلقة منهما لان العطف للمشاركة في الحكم وهو الطلاق فيختص بمحل الحكم
وهي المطلقة فصار كما اذا قال احداكما طالق وهذه **قال** وكذا العتق والاقرار حتى اذا قال
لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاوليين لما بينا ولو قال في الاقرار لفلان
على الف درهم او لفلان وفلان كان خمسمائة للاخير وخمسمائة لاحد الاولين يعطيه لايهما شاء لان
كلمة او لاحد المذكورين على ما بينا فكانه اقر لاحد الاولين وللثالث بالف فيكون للثالث نصفه
ولاحدهما نصفه وذكر في المغني ان النصف للاول والنصف للاخيرين والصواب الاول وعلته المعنى
لان الثالث معطوف على من له الحق منهما فيكون شريكا له ولو كان معطوفا على ما يليه كما ذكر لكان المقر به
للاول وحده او للاخيرين لانه اوجبه لاحد المذكورين لا لهما فتنتفي الشركة اذ انما تقبل البيان
ولو قال والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا فان كلم الاول وحده حنث ولا يحنث بكلام احد الاخرين
حتى يكلمهما فيجعل الكلام مضموما الى الثاني على التعيين وفيما تقدم جعله مضموما الى من وقع له الحكم
والفرق ان او اذا دخلت بين شيئين تناولت احدهما منكرا الا ان في الطلاق ونحوه الموضع موضع
الاثبات فيخص فيطلق احدهما وفي الكلام الموضع موضع النفي فيعم عموم الافراد قال الله تعالى
ولا تطع منهم اثما او كفورا فصار كانه قال لا اكلم فلانا ولا فلانا فينضم الثالث الى ما يليه لانه لما كانت
او للعموم الافراد صار كل واحد منهما كلاما على حدة كان الاول انقطع وشرع في الكلام الثاني والعطف
منه لا ينصرف الى الاول بخلاف الطلاق وامثاله فان الاتصال فيه بين الكلامين ثابت فيكون الثالث

لث

معطوفًا على من وجب له الحلم ولان قوله طالق لا يصلح ان يكون جزا للمثنى وفي ضم الثالث الى الثاني جعله للمثنى لانه يصير كانه قال هذه طالق وهاتان طالق ولا يجوز الا اذا قال طالقان لان المفرد لا يصلح خبرا للمثنى بخلاف الكلام فان قوله لا اكلم يصلح للمثنى والاقل والاكثر وهذا كله اذا لم يذكر للثاني والثالث خبرا فان ذكر له خبرا بان قال هذه طالق او هذه وهذه طالقان او قال هذا حر او هذا وهذا حران فانه لا يعتق احد ولا يطلق بل يخير وان اختار الايجاب الثاني عتق الاخران وطلقت الاخريان والله اعلم بالصواب

باب اليمين في البيع والشرا والصوم والصلاة وغيرها

الاصل فيه ان كل فعل ترجع حقوقه الى المباشر لم يحنث الحالف ان لا يفعل بمباشرة وكيله لوجود الفعل من الوكيل حقيقة وحكما وان كانت حقوقه ترجع الى الآمر يحنث بفعل الوكيل كما يحنث بالمباشرة لان الوكيل فيه سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر ويتوقف لو باشره بغير امره ولا ينفذ عليه وفي الاول الوكيل مباشر ولهذا لا يضيفه الى الآمر بل الى نفسه وينفذ عليه لو باشره بغير امره

قال رحمه الله ما يحنث بالمباشرة لا بالامر البيع والشرا والاجارة والاستيجار والصلح عن مال والقسمة والخصومة وضرب الولد اي الاشيا التي يحنث الحالف بمباشرتها ولا يحنث بالتوكيل بفعلها هي هذه الاشيا التي عدها من البيع والشرا والاجارة الى اخره وهذا القسم الاول من الاصل الذي ذكرنا وانما لا يحنث الحالف في هذه الاشيا بمباشرة الوكيل لان الفعل وجد من الوكيل حقيقة وكذا حكما ولهذا رجعت الحقوق اليه حتى لو كان الوكيل حالفا يحنث بمباشرتها فلم يوجد الفعل من الموكل لا حقيقة ولا حكما فلم يحنث الا اذا نوى ان لا يامر به غيره فحينئذ يحنث بالتوكيل لانه شدد على نفسه فيصح نيته ويحنث بفعله ايضا لانه نوى له حقيقة ولا يتغير بنيته او يكون ممن لا يباشر هذه الاشيا كالقاضي والامير فحينئذ يحنث بالامر لان كل احد يمنع نفسه باليمين عما يعتاده وعادته الامر به دون المباشرة فينصرف اليه لان اليمين يتقيد بالعرف وبمقصود الحالف ولهذا يتقيد بمباشرته بنفسه لو كان ممن يباشر هذه الاشيا حتى لا يحنث بالتوكيل لان غرضه بالحلف التوقي من الحقوق وان كان يباشر تارة ويترك اخرى يعتبر الاغلب

قال وما يحنث بهما النكاح والطلاق والخلع والعتق والكتابة والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والبنا والخياطة والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة وقضا الدين وقبضه والكسوة والحمل اي الاشيا التي يحنث فيها بالمباشرة والتوكيل النكاح والطلاق الى اخر ما ذكر حتى لو حلف لا يفعل شيا من هذه الاشيا يحنث بمباشرته وبمباشرة وكيله خلافا للشافعي في مباشرة الوكيل لان الفعل وجد من المامور حقيقة ومن الامر حكما فوجد شرط الحنث من الامر من وجه دون وجه فلا يحنث كما في القسم الاول **ولنا** ان غرض الحالف التوقي عن حكم العقد وحقوقه وهذه العقود تنتقل اليه بحقوقها فصار مباشرة الوكيل كمباشرته في حق الاحكام والحقوق وصار الوكيل سفيرا ومعبرا ولهذا لا يستغني عن اضافتها اليه ولو باشرها بغير اذنه لا ينفذ عليه فاذا فعلها بامره فقد وجد منه شرط الحنث فيحنث وما كان منها حسيا كضرب الغلام والذبح ونحوهما منقول اضافة الى الآمر حتى لا يجب الضمان على الفاعل فكان منسوبا اليه فيحنث ومنفعة ضرب العبد عائدة الى المولى لان العبد يجري على موجب امر المولى ويسعى في مصالحه اذا ضربه فصار ضربه كضرب المولى بخلاف ضرب

الولد فان معظم منفعته تحصل للولد لانه يتادب به ويرتاض وينزجر عن القبائح فصار كمن حلف لا يضرب رجلا حرا فامر بضربه حيث لا يحنث بضرب المامور اياه لانه لا يملك ضربه فلا يصح امره الا ان يكون الآمر ذا سلطان او قاضيا فحينئذ يحنث لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا او تعزيرا فيملكان الامر به فيضاف فعل المامور اليهما ولهذا لا يجب على الضارب بامرهما الضمان في الحد والتعزير ولو قال الحالف في الطلاق والتزوج ونحوهما من الحكميات نويت ان لا اتكلم به وانا لا الى نفسي صدق ديانة لا قضا بخلاف ما اذا قال في ذبح الشاة وضرب العبد نويت ان لا الى نفسي حيث يصدق ديانة وقضا والفرق بينهما ان الطلاق ليس الا التكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق على المراة والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى الاول فقد نوى الخصوص في العام فلا يصدق قضا لانه خلاف الظاهر اذ الظاهر في العام العموم دون الخصوص والضرب ونحوه فعل حسي يعرف باثره المحسوس في المحل وانما يحصل ذلك في الفعل فكان فيه حقيقة والنسبة الى الامر بالسبب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق ديانة وقضا فصار الضابط ان كل فعل يرجع حقوقه الى الآمر ويحتمل نقل حكم فعله الى غيره يحنث الحالف بمباشرة المامور والا فلا ثم انما يحنث بالطلاق والعتاق اذا وقعا بكلام وجد بعد اليمين واما اذا وقعا بكلام وجد قبل اليمين فلا يحنث حتى لو قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق ثم حلف ان لا يطلق فدخلت لم يحنث لان وقوع الطلاق عليها بكلام كان قبل اليمين والوحلف ان لا يطلق ثم علق الطلاق بالشرط ثم وجد الشرط حنث ولو وقع عليها الطلاق بمضي مدة الايلا فان كان الايلا قبل اليمين لا يحنث والا يحنث ولو فرق بينهما بالعنة لا يحنث عند زفر وعن ابي يوسف روايتان وعلى هذا الوحلف لا يعتق يشترط للحنث وقوع العتق بكلام وجد بعد اليمين ولو ادى المكاتب فعتق فان كانت الكتابة قبل اليمين لا يحنث وان كانت بعده يحنث

قال ودخول اللام على البيع والشرا والاجارة والصياغة والخياطة والبنا كان بعت لك ثوبا لاختصاص الفعل بالمحلوف عليه بان كان بامره كان ملكه او لا وعلى الدخول والضرب والاكل والشرب والعين كان بعت ثوبا لك لاختصاصها به بان كان ملكه امره او لا اي دخول اللام على الفعل كقوله ان بعت لك ثوبا او اشتريت الى اخره كان لاختصاص الفعل بالشخص المحلوف عليه يعني يشترط ان يكون الفعل وهو البيع ونحوه لاجل المحلوف عليه بان كان بامره سوا كان الثوب ملكا للمحلوف عليه او لم يكن حتى لو دس المحلوف عليه ثوبه وباعه الحالف بغير علمه لا يحنث لان حرف اللام لما دخلت على البيع وهو قوله ان بعت لك ثوبا اي بعت لاجلك ثوبا اقتضت اختصاص البيع به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع يجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما اذا قال ان بعت لك ثوبا حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سوا كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخلت على العين وهو الثوب لانه اقرب اليها فاقتضت اختصاص العين به وهو المراد بقوله في اخره والعين كان بعت لك ثوبا لاختصاصها به بان كان ملكه امره او لا اي دخول اللام على العين كقوله ان بعت ثوبا لك يكون اليمين لاختصاص العين بالمحلوف عليه بان كان ملكه سوا امره او لم يامره وهذا الاختلاف الذي ذكره بين دخول اللام على الفعل وبين دخولها على العين اذا كان الفعل مما يملك بالعقد ويجري فيه النيابة كالبيع والشرا ونحوهما وان كان مما لا يملك بالعقد كدخول الدار وضرب الغلام

والاكل والشرب لا يختلف الحكم بينهما اذا دخلت على الفعل او على العين بل تكون اليمين فيهما لاجل اختصاص
العين المحلوف عليه حتى لو قال ان دخلت لك دارا او ان دخلت دارا لك او ان ضربت لك غلاما او غلاما
لك ونحو ذلك يحنث كيف ما كان وهو المراد بقوله وعلى الدخول والضرب والاكل والشرب اي لو
دخلت اللام على الدخول والاكل والشرب الى اخره كانت اليمين لاختصاص العين بالمحلوف عليه فصار كـ
دخولها على العين ولهذا عطفنا العين على هذه الاشياء وانما كان كذلك لان اللام للاختصاص واقوى
وجوهه الملك فاذا جاورت الفعل اوجبت ملكه دون العين ان كان الفعل مما يملك بالعقد كالبيع
والشراء وبناء الدار ونحوها لانه يفيد ملك الفعل لاستحالته وتفيد ملك العين لانه يحتمل كلامه بان تعقد
فيه تاخيرها بخلاف الفصل الاول فان كل واحد منهما مما يملك بالعقد فرجحنا الفعل بالقرب وان جاورت
العين توجب ملك العين مطلقا لان الاعيان كلها تملك فلا حاجة الى التعيين وذكر ظهير الدين ان المراد
بالغلام الولد دون العبد لان ضرب العبد يحتمل النيابة ولو كان له فصار نظير الاجارة لا نظير الاكل
والشرب والغلام يطلق على الولد قال الله تعالى وبشروه بغلام وذكر قاضي خان ان المراد به
العبد للعرف ولان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم به فانصرف الى المحل المملوك بالتقدم والثاني
على ما بينا قال فان نوى غيره صدق فيما عليه اي ان نوى خلاف ما اقتضاه ظاهر كلامه صدق
فيما فيه تشديد على نفسه ديانة وقضاء وفيما فيه تخفيف يصدق ديانة لا قضاء وذلك مثل ان ينوي
بقوله ان بعت لك ثوبا معنى قوله ان بعت ثوبا لك او بالعكس لانه نوى ما يحتمله كلامه على ما بيناه من
قبل فيصدق قال رحمه الله ان بعته او ابتعته فهو حر فعقد بالخيار حنث اي لو قال المالك ان
بعت هذا العبد فهو حر او قال غيره ان اشتريته فهو حر فباعه بشرط الخيار او اشتراه بشرط الخيار عتق
لوجود شرط العتق وهو البيع او الشراء ولقيام الملك عند وجود الشرط لان البيع بشرط الخيار يمنع
خروج المبيع عن ملكه فكان ملكه قائما عند الشرط فيحنث وكذا المشتري ملكه قائم عند وجود الشرط اما
عندهما فظاهر لان خيار المشتري لا يمنع دخول المبيع في ملكه واما عند ابي حنيفة فلان المعلق بالشرط
كالمنجز عند وجود الشرط فيصير كانه قال بعد الشراء انت حر فيصير مختارا للملك لا امضاء وله
ذلك بخلاف ما اذا علقه بالملك بان قال ان ملكتك فانت حر حيث لا يعتق به عنده لان الشرط وهو الملك
لم يوجد عنده لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه على قوله وعندهما يعتق لوجود الشرط
لان خيار المشتري لا يمنع الدخول في ملكه وبهذا يفرق لابي حنيفة رحمه الله بين شراء القريب وبين شراء
من علق عتقه بالشراء حيث لا يعتق القريب بالشراء بشرط الخيار ويعتق الاخر به على ما ذكرنا لانه لم
يوجد منه الاعتاق في القريب وانما يعتق اذا ملكه ولم يدخل في ملكه مع خياره بخلاف المعلق عتقه
بالشراء لان الشرط قد وجد في حقه على ما بينا وينزل معتقا في ذلك الوقت لتقدم التعليق منه وفي
القريب لا ينزل لعدمه ولو باعه بعد ما حلف بيعا باتا لم يعتق لانه كما باعه تم البيع فيه وزال عن
ملكه والجزاء لا ينزل في غير الملك وينبغي ان ينحل اليمين لوجود الشرط وهو البيع حقيقة ولو كان الخيار
للبائع لا يحنث المشتري لان المشتري لم يتمكن بهذا الشرط من شيء كان الشراء لم يوجد قال وكذا بالفاسد
والموقوف اي وكذا يحنث بالفاسد من البيع والشراء وبالموقوف منهما في يمينه ان لا يبيع او لا يشتري

او لا يبيع ولا يشتري فاما الفاسد منهما فان كان الحالف هو البائع ينظر فان كان العبد في يد المشتري
مضمونا عليه بمثل غصب لا يعتق لانه كما تم البيع يزول عن ملكه كالبيع الصحيح البات وينبغي ان ينحل
اليمين لما قلنا في الصحيح البات وان كان العبد في يد البائع عتق لانه لا يزول ملكه قبل التسليم ولو كان
المشتري هو الذي حلف بعتقه فاشتراه شراء فاسدا فان كان في يده مضمونا عليه على الوجه الذي ذكرناه
يعتق لدخوله في ملكه كما تم البيع والا فلا وفي المحيط عن ابي يوسف لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر
فاشترى عبدا شراء فاسدا ثم تاركا البيع ثم اشتراه شراء صحيحا لا يعتق لانه يحنث بالشراء الفاسد لانه شراء
حقيقة فانحلت اليمين به وارتفعت وهذا دليل على انه لو اشتراه شراء فاسدا والعبد في يد البائع ينحل اليمين
لا الى جزاء لعدم الملك قبل القبض ثم بالقبض لا يعتق لانه ليس بشراء وعن ابي يوسف انه لا يحنث بالفاسد
ولا بما فيه خيار لاحدهما اصلا لان الفاسد ناقص ذاتا لانه لا يفيد الملك للحال ولا بعد القبض على الجانب
لانه لا يفيد الحل فكان الشرط معدوما من وجه وشرط الخيار يمنع تعلق الاستحقاق بالعقد فصار كـ
الايجاب بلا قبول ووجه الظاهر انه كامل ذاتا لوجود الاهلية والركن والمحل وتخلف الحكم من الملك
والحل لا يضر كالهبة وشراء اخته من الرضاع ولان فائدة المعلق بالشرط اعدام مثله فوجب ان لا يحنث كما لا
يحنث بتعليق الطلاق في يمينه الا يطلق لانا نقول ذاك في الاسقاطات التي تتعلق بالشرط لا في البيع
لان البيع ذات العقد موجود واثر الشرط في تاخير الحكم لا في العقد ولهذا المبرم يموت من له الخيار
ولو كان معلقا لبطل لما عرف في موضعه من المطولات واما الموقوف فلانه وجد فيه البيع حقيقة
لوجود ركنه وشرطه ومحله وكذا حكما على سبيل التوقف فيحنث وصورة المسالة ان يقول ان اشتريت
عبدا فهو حر فاشترى عبدا من فضولي حنث بالشراء لان الاجازة شرط الحكم دون السبب والركن قد
وجد قبلها ولهذا يستند الحكم عند الاجازة اليه وتثبت به الزوائد وعن ابي يوسف يصير مشتريا
عند الاجازة كالنكاح ونحن نقول الفرق بينهما ان المقصود من النكاح الحل ولم ينعقد الموقوف
لافادته بخلاف البيع فان المقصود منه الملك دون الحل ولهذا جامعه الحرمة فيحنث به من وقت
العقد وفي النكاح من وقت الاجازة وعلى هذا لو حلف الا يبيع فباع ملك الغير بغير اذن صاحبه يحنث
لوجود البيع منه حقيقة على ما ذكرنا في الشراء ولهذا ترجع الحقوق اليه قال لا بالباطل اي لا يحنث
بالبيع الباطل ولا بالشراء الباطل في يمينه لا يبيع او لا يشتري لانه ليس ببيع حقيقة ولا حكما حتى لا
يفيد شيئا من احكام البيع ولو اتصل به القبض حتى لو قال ان اشتريت اليوم شيئا فعبده حر او ان
بعت عبدي فهو حر فباعه بميتة او دم لا يحنث بخلاف ما اذا باعه بخمر لانه فاسد على ما عرف والاول
باطل لان الميتة ليست بمال عند احد ولو اشترى مدبرا او ام ولد لا يحنث لانه انعقد لهما
سبب الحرية وينافي الانعقاد ولو قضى بجوازه القاضي يحنث للحال لان قضاءه يؤثر في ازالة المانع
من الجواز فيقتصر على وقت القضاء فيحنث حينئذ بخلاف اجازة بيع الفضولي فانه يستند الى
وقت وجوده فيحنث بالسبب فيه الى وقت الاجازة ولهذا لو اعتقه المشتري قبل الاجازة ينفذ
عند الاجازة وفي ام الولد والمدبر لا يستند عند القضاء لان المانع كان متحققا الى الان فابطل الايجاب فكان
القضاء ابطالا لذلك المبطل والمكاتب كالمدبر في زواله لكن قضاء القاضي لا يتصور فيه ويتصور

فيه رضاه ولو حلف ان يبيع هذا الحر فباعه بر لان البيع الصحيح لا يتصور فيه فانعقد على الباطل
وكذا لو عقد يمينه على الحرة او ام الولد لما ذكرنا وعن ابي يوسف في الحرة وام الولد ينعقد على الصحيح
لانه ممكن فيهما بان ترتد وتلحق بدار الحرب قال رحمه الله ان لم ابع فكذا فاعتق او دبر حنث
اي رجل قال ان لم ابع هذا العبد فامرأته طالق ونحو ذلك ثم اعتقه او دبره حنث وكذا لو كانت
امة فاستولدها لتحقق العجز عن البيع لفوات محله ولا يقال لم يقع الياس لجواز ان ترتد وتلحق بدار
الحرب ثم تسبى وتسترق اذ كان المحلوف عليه انثى لانا نقول الحالف عقد يمينه على البيع باعتبار هذا
الملك وذلك لا يمكن بعد هذه التصرفات وقضاء القاضي ببيع المدبر موهوم والاحكام لا تبنى على الموهوم
فيتحقق الياس عن البيع نظرا الى الاصل قال رحمه الله قالت تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق
طلقت المحلفة يعني اذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق طلقت التي حلفته
وهي المخاطبة وعن ابي يوسف لا تطلق لانه كلامه خرج جوابا لكلامها فيكون مطابقا له ولانه قصد
ارضاها وذلك بطلاق غيرها فيتقيد به وهو وان زاد في الجواب لكن الزيادة تصلح لغوا وانما
تخرج الزيادة الكلام من ان يكون جوابا اذا كانت لغوا وهنا فيها فائدة وهو تطييب قلبها وتسكين
نفسها بابلغ الوجوه حتى لا يكون له على غيرها التي طلبت ولنا ان العمل بالعموم واجب ما امكن وقد امكن
هنا فيعمل به وهذا لانه لو كان جوابه كان ان يقول ان تزوجت فهي طالق فيكون بالزيادة مبتديا وجاز ان
يكون غرضه ايحاشها والحاق الغيظ بها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح
مقيدا ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام وهو خلاف الظاهر ولو قال لها انك
تريد ان اتزوج عليك فقال كل امرأة اتزوجها فهي طالق دخلت المخاطبة حتى لو ابانها ثم تزوجها
طلقت خلافا لابي يوسف والمعنى ما بينا قال رحمه الله علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة حج ماشيا
فان ركب اراق دما اي رجل قال علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة لزمه حج او عمرة ماشيا وان شاء
ركب واراق دما والقياس ان لا يلزمه شيء لانه التزم المشي وهو ليس بقربة مقصودة بل هو وسيلة
اليها كالوضوء والسعي والنذر بما ليس بقربة مقصودة لا يجوز ولا يجب وانما يجوز بقربة مقصودة
ولها نظير من الواجبات في الشرع لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فان لم يوجبه الشرع لا
يوجبه العبد وجه الاستحسان ان هذه العبارة صارت كناية عن ايجاب الاحرام عرفا وشرعا
اذ الناس يتعارفون التزام الاحرام بهذه العبارة وامر رسول الله صلى الله عليه وسلم اخت عقبة
حين نذرت ان تمشي الى بيت الله تعالى ان تحرم بحجة او عمرة ولا فرق بين ان يكون الناذر في الكعبة
او خارجا منها لان هذا اللفظ صار كناية عن التزام الاحرام والالتزام لا يختلف باختلاف الاماكن
وكذا اذا قال علي المشي الى مكة يلزمه الاحرام باحدهما للعرف فاذا لزمه فله الخيار ان شاء مشى
وهو الافضل وفيه ايفاء بما التزمه كما التزمه وقال عليه السلام من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من
حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبعمائة ولان هذا اللفظ وان كان عبارة عن
الالتزام لكنه نص على المشي وفي المشي فضيلة فتراعى تلك الصفة لفضيلتها بخلاف ما اذا نذر ان
يضرب بثوبه حطيم الكعبة فانه عبارة عن التزام التصدق بثوبه بمثله ولا يلزمه ان يضرب به الحطيم

اوعمرة

لعدم التقرب بالضرب وان شاء ركب وذبح شاة لقوله عليه السلام مرها فلتركب ولتهد دما وكانت
نذرت ان تحج ماشية وذكر في النهاية معزيا الى المبسوط ان من حلف بالمشي الى بيت الله وهو ينوي مسجدا
من المساجد سوى المسجد الحرام لم يلزمه شيء لان المنوي من محتملات كلامه اذ المساجد كلها بيوت الله
تعالى على معنى انها حررت عن حقوق العباد فخلصت معدة لاقامة طاعته تعالى قال بخلاف الخروج
او الذهاب الى بيت الله او المشي الى الحرم او الصفا والمروة اي بخلاف ما اذا قال علي الخروج او الذهاب الى
بيت الله تعالى او المشي الى الحرم او الى الصفا والمروة حيث لا يلزمه شيء بهذه العبارة وكذا اذا قال علي المشي
الى المسجد الحرام لا يلزمه شيء لان التزام الحج او العمرة بهذه العبارة غير متعارف والالزوم بالعرف ولا يمكن
ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا وهذا على الاطلاق قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا في قوله علي
المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام عليه حجة او عمرة لان الحرم والمسجد الحرام شامل للبيت فصار ذكره
كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وجوابه ما ذكرنا ان المعتبر فيه العرف وليس فيه
عرف ولا مدخل للقياس فيه ولهذا لا يلزمه بلفظة الذهاب والخروج وان قال الى بيت الله قال
رحمه الله عبده حر ان لم يحج العام فشهدا بنحره بالكوفة لم يعتق اي لو قال لعبده ان لم احج هذه السنة
فانت حر ثم قال حججت وشهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة لم تقبل الشهادة ولا يعتق وقال محمد
رحمه الله يعتق لان هذه قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط
وهو عدم الحج ولهما ان هذه شهادة قامت على النفي فلا تقبل كما لو شهدا انه لم يحج وهذا لان الشهادة
بالتضحية باطلة اذ لا مطالب لها وهي لا تدخل تحت الحكم ايضا فبقي النفي مقصودا والشهادة على
النفي مقصودا باطلة فان قيل الشهادة بالنفي انما لا تقبل اذا لم يحط بها علم الشاهد واما اذا احاط
بها فتقبل وهنا احاط بها علم الشاهد لان من ضرورة ثبوت التضحية انتفاء الحج فصار نظير شهادتهما
على رجل انه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى وهو يقول وصلت به قول النصارى فانه تقبل هذه
الشهادة لاحاطة علم الشاهد به فكذا هنا بخلاف شهادتهما انه لم يحج لانا لا ندري انهما شهدا عن علم
او بناء على ظاهر العدم قلنا البينات شرعت للاثبات دون النفي فيرد ولا يفرق بين نفي ونفي
تيسيرا للامر ودفعا للحرج بخلاف المستشهد به فان تلك شهادة على امر محسوس وهو السكوت ۞
فان قيل الشهادة على النفي في الشروط مقبولة كما اذا قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر
فاقام البينة انه لم يدخل تقبل ذكره في المبسوط قلنا هو لامر معاين وهو كونه في خارج الدار
قال وحنث في لا يصوم بصوم ساعة بنية اي لو حلف لا يصوم فنوى الصوم وامسك ساعة
ثم افطر يحنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد
لان الشارع في الفعل يسمى فاعلا شرعا والافطار بعد ذلك لا يرفع الحنث المتقرر ولان الامساك المستمر
تكرار وتكرار الفعل المحلوف عليه ليس بشرط للحنث قال وفي صوما او يوما بيوم اي يحنث
بيمينه لا يصوم صوما او يوما بصوم يوم لانه ذكر الصوم مطلقا بذكر المصدر فينصرف الى الكامل
وهو المعتبر والمفيد لحكمه شرعا وفي قوله يوما تصريح بتقديره باليوم فلا يحنث فيهما الا بصوم يوم
كامل قال وفي لا يصلي بركعة اي في يمينه لا يصلي يحنث بركعة وهو ما اذا قيدها بسجدة ولا

ولا يحنث ما لم يقيدها بها والقياس ان يحنث بالشروع اعتبارا بالصوم **وجه** الاستحسان ان الصلاة عبارة عن اركان مختلفة فما لم يأت بجميعها لا تسمى صلاة الا ترى انه لا يقال صلى ركوعا ولا صلى سجودا وانما يقال صلى ركعة وهي تشتمل الاركان كلها وبعدها تكرار بخلاف الصوم لان الامساك ركن واحد ويتكرر ذلك بعده ثم ان محمدا رحمه الله لم يذكر انه متى يحنث واختلف المشايخ فيه فقال بعضهم يحنث بنفس السجدة وقال بعضهم يحنث برفع الراس منها **قال** وفي صلاة بشفع اي لا يحنث الا بالشفع في يمينه لا يصلي صلاة لان الصلاة المطلقة تنصرف الى الكامل وهي الركعتان لنهيه عليه السلام عن البتيراء **قال** رحمه الله ان لبست من غزلك فهو هدي بملك قطنا فغزلته ونسج فلبس فهو هدي اي لو قال ذلك لامرأته كان الحكم كما ذكره وهذا عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه ان يهدي الا اذا غزلته من قطن كان في ملكه يوم حلف لان النذر لا يصح الا في الملك او مضافا اليه او الى سببه لقوله عليه السلام لا نذر فيما لا يملك ابن آدم ولم يوجد واحد منهما اذ غزل المرأة واللبس ليسا من اسباب الملك فصار نظير ما لو قال ان تسريت امة فهي حرة على ما مر ولابي حنيفة ان الغزل سبب للملك ولهذا يملك به الغاصب وغزل المرأة من قطن الزوج سبب لملك الزوج عادة ولهذا لو اشترى قطنا وغزله ونسجه بغير اذنه كان ملكا له حكما للعرف لانها لا تغزله عادة الا له والمعتاد كالمشروط ولولا ذلك لكان ملكا لها كما لو غزله الاجنبي فاذا كان سببا للملك يكون ذكره ذكرا للملك كسائر اسباب الملك ولهذا لو غزلته من قطن كان في ملكه يوم حلف ونسجه ولبسه يحنث بخلاف مسألة التسري فان التسري ليس بسبب للملك على ما بينا في موضعه فلم يكن ذكره ذكرا للملك **قال** لبس خاتم ذهب او عقد لؤلؤ لبس حلي اما الذهب فانه لا يستعمل الا للتزين فكان لبسه لبس الحلي ولهذا حرم استعماله على الرجال فكان كاملا في معنى التحلي فدخل تحت مطلق اسم الحلي حتى لو حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم ذهب يحنث لما ذكرنا واما عقد اللؤلؤ فالمذكور هنا على اطلاقه قولهما واما عند ابي حنيفة فليس على الا اذا كان مرصعا حتى لا يحنث في يمينه لا يلبس حليا بلبس غير المرصع منه وعندهما يحنث لان اللؤلؤ الخالص يدخل تحت اسم الحلي قال الله تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها وانما يستخرج من البحر اللؤلؤ الخالص وقال تعالى يحلون فيها من اساور من ذهب ولؤلؤا ولابي حنيفة ان العادة لم تجر بالتحلي به الا مرصعا بذهب او فضة والعادة هي المعتبرة في الايمان ثم قيل على قياس قوله لا باس للرجال بلبس اللؤلؤ الخالص وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فكل افتى بما عاين في زمانه وقال في الكافي وقولهما اقرب الى عرف ديارنا فيفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد وعلى هذا الخلاف اذا لبس عقد زبرجد او زمرد مرصع **قال** لا خاتم فضة اي لا يكون لبس خاتم فضة لبس حلي حتى لو حلف لا يلبس حليا لا يحنث بلبسه لانه ليس بحلي كامل لان الحلي يستعمل للتزين فقط وهذا يستعمل له ولغيره ولهذا احل للرجال ولو كان حليا من كل وجه لما حل واذا لم يكن حليا كاملا لا يدخل تحت مطلق الاسم عرفا ولا شرعا وذكر في النهاية معزيا الى الفوائد الظهيرية ان خاتم الفضة اذا صنع على هيئة خاتم النساء بان كان ذا فص يحنث وهو الصحيح **قال** رحمه الله لا يجلس على الارض حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير او لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراش آخر فنام عليه او لا يجلس على سرير فجعل فوقه سريرا آخر لا يحنث لان الجالس على الحصير او على البساط لا يعد جالسا على الارض عادة فانقطعت النسبة الى الارض فلا يحنث بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض ثوبه وهو لابسه حيث يحنث لانه تبع له فلا يعتبر حائلا الا اذا نزعه وفرشه على الارض وجلس عليه فانه حينئذ يكون كالفراش وكذا النوم على فراش والجلوس على سرير فوق سرير لا يعد جالسا ولا نائما على الفراش الاسفل او على السرير الاسفل وذكر في الكافي معزيا الى المختلف ان عند ابي يوسف يحنث في الفراش فوق الفراش لانه نائم عليهما عرفا يقال نام على فراشين فصار كمن حلف لا يكلم فلانا فسلم على جمع هو فيهم وقوله لا يجلس على سرير ليس على ظاهره لانه لو كان السرير المحلوف عليه نكرة كما ذكره لحنث بالجلوس على السرير الاعلى لان اللفظ المنكر يتناوله وانما لا يحنث اذا كان السرير المحلوف عليه معينا بان حلف لا يجلس على هذا السرير فجعل فوقه سريرا آخر فجلس عليه لانه غيره **قال** ولو جعل على الفراش قرام او على السرير بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا ونائما على الفراش والسرير عادة وعلى هذا لو حلف لا ينام على هذا السطح او الدكان او لا يجلس فبسط عليه فراشا او حصيرا فنام عليه او جلس حنث لانه يعد نائما وجالسا عليهما والنوم والجلوس عليهما هكذا يكون عادة الا ترى انه لو حلف لا يركب هذا الفرس فوضع عليه سرجا فركبه حنث بخلاف الفراش على الفراش او السرير على السرير لان الاعلى مثل الاسفل ولا يكون تبعا له وبخلاف ما اذا حلف ان لا يجلس على الارض حيث لا يحنث بالجلوس على الفراش والفارق العرف والله اعلم

باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك

والاصل فيه ان ما شارك الميت فيه الحي يقع اليمين فيه على حالة الحياة والموت وما اختص بحالة الحياة تقيد بها **قال** رحمه الله ضربتك وكسوتك وكلمتك ودخلت عليك تقيد بحياة المخاطب حتى لو فعل هذه الاشيا بعد موت المخاطب لم يحنث لان هذه الاشيا لا تتحقق في الميت وهذا لان الضرب اسم لفعل مؤلم متصل بالبدن وبعد الموت لا يتصور ذلك ومن يعذب في القبر توضع فيه الحياة في الصحيح وان اختلف في كيفية تلك الحياة ولا يرد علينا ان ايوب عليه السلام امر ان يضرب امرأته بالضغث وهو غير مؤلم لانه حزمة صغيرة من الحشيش او ريحان لانه يجوز ان يكون بحصابه الا ايلاما وتخفيفا عليها وقيل الضغث قبضة من اغصان الشجر فعلى هذا لا اشكال فيه والكسوة يراد بها التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو لا يتحقق في الميت ولهذا لو تبرع بتكفينه احد ثم اخرجه السيل او السباع يكون للمتبرع لا للورثة لما قلنا بخلاف اللبس لانه عبارة عن الستر وهو يتحقق في الميت حتى لو حلف لا يلبسه فالبسه بعد الموت يحنث لما قلنا الا ان ينوي بالكسوة الستر فانه حينئذ يحنث والكلام يراد به الافهام وهو لا يتحقق في الميت ولا يقال انه عليه السلام قال لقتلى بدر من المشركين هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فلولا انه فيه متحقق لما قال لهم لانا نقول ردت عائشة هذا الحديث وقالت قال الله تعالى انك لا تسمع الموتى وما انت بمسمع من في القبور فلم يثبت ولئن ثبت فهو مختص بالنبي عليه السلام ويجوز ان يكون ذلك لوعظ الاحيا ونظيره ما روي عن النبي عليه السلام عن علي رضي الله عنه كان اذا اتى المقابر قال عليكم السلام ديار قوم مؤمنين

اما نساكم فقد نكحت واموالكم قد قسمت ودوركم قد سكنت فهذا خبر كم عندنا فما خبر ما عندكم
وكان يقول سل الارض من شق انهارك وغرس اشجارك وجنى ثمارك فان لم تجبك حوارا اجابتك
اعتبارا او كان ذلك على سبيل الوعظ للاحيا لا على سبيل الخطاب للموتى والجمادات والغرض من الدخول
اكرامه بتعظيمه او اهانته بتحقيره او زيارته ولهذا لو لم يقصده بالدخول بان دخل على غيره او
لحاجة اخرى او دخل عليه في موضع لا يجلس فيه للزيارة كالمسجد والظلة والدهليز لا يحنث دخوله
عليه الا اذا اعتاد الجلوس فيه للزيارة ولا يتحقق ذلك بعد الموت لانه لا يزار هو وانما يزار قبره
قال عليه السلام كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها **قال** بخلاف الغسل والحمل والمس
اي بخلاف ما اذا حلف لا يغسل فلانا او لا يحمله او لا يمسه حيث يحنث اذا فعل به ذلك بعد موته لان
هذه الاشيا تتحقق في الميت كما تتحقق في الحي وهذا لان الغسل هو الاسالة والمقصود منه التطهير
والميت يطهر بالغسل الا ترى انه اذا حمله رجل قبل الغسل وصلى لا يجوز وبعده يجوز وكذا الصلاة
عليه قبل الغسل لا يجوز ولا ينافيه الموت وكيف ينافيه وغسله واجب على الاحيا والحمل يتحقق بعد
الموت قال عليه السلام من حمل ميتا فليتوضأ والمس للتعظيم او الشفقة يتحقق بعد الموت **قال**
رحمه الله لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث اي لو حلف لا يضربها ففعل بها هذه
الاشيا حنث لان الضرب اسم لفعل مؤلم وقد تحقق وقيل هذا اذا كانت هذه الاشيا في حالة الغضب
وان كانت في حالة الملاعبة لا يحنث لانه يسمى ممازحة لا ضربا عادة وقيل اذا كانت يمينه بالفارسية
لا يحنث بهذه الاشيا **قال** رحمه الله ان لم اقتل فلانا فكذا وهو ميت ان علم به حنث اي اذا قال
شخص ان لم اقتل فلانا فامرأتي طالق وفلان ميت فان كان الحالف عالما بموته حين حلف حنث للحال لان
يمينه تنعقد لتصور البر فيه لان الله تعالى قادر على اعادة الحياة فيه اذ الروح لا تموت فيمكن قتله ثم
يحنث للحال للعجز عادة كمسالة صعود السما **قال** والا لا اي ان لم يعلم بموته وقت الحلف لا يحنث
لانه عقد يمينه على حياة كانت فيه وذلك لا يتصور فيصير نظير مسالة الكوز اذا لم يكن فيه ما وهذا
قولهما وعند ابي يوسف يحنث لان التصور ليس بشرط عنده لانعقاد اليمين كما بينا في مسالة الكوز
الا انه لا فرق فيها بين العلم وعدمه في الصحيح خلافا لما يقوله مشايخ العراق لانه عقد يمينه على
شرب ما مفقود في الكوز والله تعالى وان احدث فيه ما فليس هو ذلك الما الذي كان فيه وقت الحلف
بخلاف مسالة القتل اذا كان يعلم بموت فلان لانه عقد يمينه على فعل القتل في فلان فاذا احياه الله تعالى
فهو فلان فيما انما عقد عليه منوهما ونظير مسالة الكوز ان يقول والله لا قتلن هذا الميت فان يمينه
لا تنعقد لانه عقدها على تفويت حياة ليست بموجودة زمان الحلف ولو احدث الله فيه حياة
لا تكون تلك حياة حلف على تفويتها لان هذه موجودة وتلك معدومة **قال** رحمه الله ما دون
الشهر قريب وما فوقه بعيد لان ما دون الشهر يعد قريبا عادة والشهر وما فوقه يعد بعيدا
عادة حتى لو حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو الشهر فما فوقه
قال رحمه الله ليقضين دينه اليوم فقضاه فبهرجة او زيوفا او مستحقة بر اي لو حلف
ليقضين دين فلان اليوم فقضاه فوجدها زيوفا او نبهرجة او مستحقة بر في يمينه لان الزيوف

دراهم حقيقة غير ان فيه عيبا والعيب لا يعدم الجنسية ولهذا لو تجوز بها صار مستوفيا وكذا لو
تجوز به في راس مال السلم وبدل الصرف يجوز ولولا انه حقه لما جاز لانه يصير استبدالا به وهو
لا يجوز فيهما فاذا كان المقبوض من جنس حقه بر في يمينه فلا ينتقض البر المتحقق بانتقاض قضا الدين لان شرط
البر لا يحتمل الانتقاض وقبض المستحق صحيح حتى لو اجازه المستحق في الصرف والسلم بعد الافتراق
جاز فقد وجد فيه شرط البر فيبر **فان قيل** ما الفرق بين القضا والبر حيث قلتم ينتقض قضا الدين
بالرد او بالاستحقاق ولا ينتقض البر **قلنا** لو لم ينتقض القبض لتضرر صاحب الدين ببطلان حقه لانه
لا يمكنه استيفا الجودة وحدها ولا استيفا الجيد مع بقا الاستيفا الاول فيتعين النقض ضرورة
ليتمكن من اخذ حقه ولا حاجة الى نقضه في حق البر **قال** ولو رصاصا او ستوقة لا اي لو وجده
رصاصا او ستوقة لا يبر في يمينه لانهما ليسا من جنس الدراهم ولهذا لو تجوز بهما لم يجز الا برضا الاخر
بطريق الاستبدال ولو تجوز بهما في الصرف والسلم لا يجوز لحرمة الاستبدال وهذا لان الستوقة
هي التي غلب عليها النحاس فصار حكمها حكم النحاس والزيوف هو الردي من الدراهم يرده بيت المال
والنبهرجة اردى منه يرده التجار ايضا وان كان اكثره فضة والا فلستوقة لا يحنث وبالعكس
يحنث لان العبرة للغالب **قال** والبيع به قضا اي البيع بالدين قضا للدين حتى يبر في يمينه
ليقضين دينه لان قضا الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع وهذا لان الديون تقضى
بامثالها اذ نفس الدين لا يمكن قبضه لانه وصف في الذمة والمقبوض عين فكان غيره مضمونا على
القابض فيلتقيان قصاصا لعدم الفائدة في قبضهما فان اخرهما قضا للاول حتى يحنث الاخر في يمينه
لا يقضي دينه دون الاول وهذا المعنى قد تحقق بمجرد البيع هنا فتقع المقاصة به فيبر في يمينه واشتراط
قبض المبيع في الجامع الصغير وقع اتفاقا لا انه شرط للبر ولا يقال شرط القبض ليتقرر الثمن لانه بعرضية
السقوط بهلاك المبيع قبل القبض لانا نقول البر المتحقق لا يرتفع ببطلان الثمن وانتقاض المقاصة
وعود الدين على ما كان لما بينا فيما تقدم ولو كان البيع فاسدا تشترط قبض المبيع لوقوع المقاصة لانه
في البيع الفاسد لا يملك الا بالقبض فاذا قبضه وكانت قيمته مثل الدين وقعت المقاصة وبر في يمينه
وكذا لو تزوج الطالب امة المطلوب على ذلك المال فدخل عليها او وجب عليه للمطلوب دين بالجناية
او بالاستهلاك لا يحنث ولو كان الحالف هو الطالب فالحكم كذلك في جميع ما ذكرنا **قال**
لا الهبة اي هبة الدين ممن عليه الدين لا تكون قضا للدين لان القضا فعل المطلوب والهبة اسقاط
للدين من الطالب فلا تتحقق المقاصة فيبطل اليمين اذا كانت موقتة فابراه قبل الوقت لان القضا لا
يتصور بعد الابرا فصار نظير من حلف ليشربن الما الذي في هذا الكوز اليوم وفيه ما فاريق قبل الليل
على ما بينا من قبل بشعبها وفيه خلاف ابي يوسف بنا على ان تصور البر وقت وجوبه شرط عندهما
لانعقاد اليمين وعنده ليس بشرط ويخرج على هذا الاصل مسائل **منها** ما اذا حلف ليقضين دينه
غدا فقضاه اليوم او حلف ليقتلن فلانا غدا فمات اليوم او حلف لياكلن هذا الرغيف غدا فاكله
اليوم **ومنها** ما اذا قال ان رايت فلانا ولم اعلمك به فعبدي حر فراه معه فلم يقل شيا لم يعتق العبد
عندهما ولم يحنث في الحال وعند ابي يوسف يعتق ويحنث في الجميع ومن جملة فروعها ما اذا قال

رجل لامرأته ان لم تهبيني اليوم صداقك فانت طالق وقال ابوها ان وهبت لم صداقك فامك
طالق فالحيلة في هذا حتى لا يحنثا ان تصالح اباها بثوب فاذا امضى اليوم لم يحنث واحد منهما اما
الاب فلانها ما وهبت الصداق للزوج واما الزوج فلانها عجزت عن الهبة في اخر النهار لان الصداق
سقط عن الزوج بالصلح ذكره في النهاية في واخر باب اليمين في الاكل والشرب قال رحمه الله
لا اقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لا يحنث حتى يقبض كله متفرقا لان شرط حنثه قبض الكل
بوصف التفرق لانه اضاف القبض الى دين معرف بالاضافة اليه فيتناول كله فما دام عند المديون
من دينه باقيا لم يحنث لعدم قبض الكل وهو الشرط ولو كانت مقيدة باليوم بان قال لا اقبض دينه
درهما دون درهم اليوم فقبض البعض في اليوم متفرقا او لم يقبض منه شيئا لم يحنث لان شرط الحنث
اخذ الكل في اليوم متفرقا ولم يوجد ولو قال ان قبضت من ديني درهما دون درهم حنث وكذا اذا قال
ان اخذت منه درهما دون درهم والفرق بينه وبين الاول ان شرط الحنث هنا قبض البعض من الدين
متفرقا وفي الاول قبض الكل بصفة التفرق ولو قبض الكل جملة ثم وجد بعضها ستوقة فرد لم يحنث
بالرد ما لم يستبدل لان الستوقة غير معتد بها فلم يوجد قبض الكل حتى يقبض البدل فاذا قبضه
وجد قبض الكل متفرقا بخلاف ما اذا وجد بعضها زيوفا حيث لا يحنث مطلقا لانه بزيوف وجد قبض
الكل وبالرد لم ينتقض القبض في حقه على ما مر قال رحمه الله لا بتفريق ضروري اي لا يحنث
اذا قبضه متفرقا بتفريق ضروري وهو ان يقبضه في وزنين ولكن لم يتشاغل بين الوزنات
بعمل غير الوزن لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة فيصير هذا القدر مستثنى عنها ولان القدر
من التفريق لا يسمى تفريقا عادة والعادة هي المعتبرة وفيه خلاف زفر وهو نظير الاختلاف فيمن
حلف لا يلبس هذا الثوب او لا يركب هذه الدابة فنزعه للحال او نزل للحال وقد بينا الوجه فيه من قبل
قال ان كان لي الا مائة او غير او سوى فكذا لم يحنث بملكها او بعضها اي لو قال ان كان لي الا مائة
درهم او غير مائة درهم او سوى مائة درهم فامرأته طالق لم تطلق امرأته اذا كان له مائة او دونها
لان غرضه نفي ما زاد على المائة فكان شرط حنثه ملك الزيادة على المائة ولانه لما استثنى المائة
صار المستثنى بجميع اجزائه خارجا عن اليمين وقال في الجامع عبده حر ان كنت لا املك الا خمسين
درهما فلم يملك الا عشرة لم يحنث لانها بعض المستثنى ولو ملك زيادة على الخمسين من جنس
مال الزكاة حنث والا فلا الا ترى انه لو حلف انه ليس له مال لا يحنث بملك ما ليس للتجارة ولو قال
مالي صدقة ينصرف الى مال الزكاة قال لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فيتناول فردا
شائعا في جنسه فيعم الجنس ضرورة شيوعه والا لما كان شائعا في الجنس بل بعضا منه
قال رحمه الله ليفعلنه بر بمرة اي لو حلف ليفعلن كذا بر في يمينه بفعله مرة لانه يتناول فعلا
واحدا وهو نكرة في موضع الاثبات فيخص اذا لم يفعله في عمره في اخر جزء من اجزاء حياته او بفوت محل
الفعل هذا اذا كانت مطلقة غير موقتة وان كانت موقتة بوقت ولم يفعل فيه يحنث بمضي الوقت ان كان
الامكان باقيا في اخر الوقت ولا يحنث ان لم يبق بان وقع الياس بموته او بفوت المحل لانه في الموقتة
لا يجب عليه الفعل الا في اخر الوقت فاذا مات الفاعل او فات المحل استحال البر في اخر الوقت فيبطل

اليمين على ما ذكرنا في مسألة الكوز وثانيهما فيه خلاف ابي يوسف في فوت المحل قال ولو حلفه وال
ليعلمنه بكل داعر دخل البلد تقيد بقيام ولايته لان المقصود منه دفع شره وشر غيره بالضرب او
بالحبس او القتل فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته لعدم قدرته على ذلك والزوال بالموت وكذا
بالعزل في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يجب عليه الرفع اليه بعد العزل لانه يفيد لاحتمال ان يولى
بعد فيؤخذ به او يسعى في تأديبه عند ولي الامر وقوله ليعلمنه بكل داعر ليس على ظاهره لانه لا يمكنه
ان يعلمه بكل داعر في الدنيا وانما مراده كل داعر يعرفه او في بلده او دخل البلد ثم ان الحالف لو علم
الداعر ولم يعلمه لم يحنث الا اذا مات هو والمستحلف او عزل لانه لا يحنث في اليمين المطلقة بمجرد
الترك بل باليأس عن الفعل وذلك بما ذكرنا الا اذا كانت موقتة فيحنث بمضي الوقت مع الامكان
والا فلا لما بينا من المعنى وعلى هذا لو حلف رب الدين غريمه او الكفيل بامر المكفول عنه لا يخرج
من البلد الا باذنه يتقيد بالخروج حال قيام الدين والكفالة لان الاذن انما يصح ممن له ولاية المنع
وولاية المنع حال قيامه وعلى هذا لو حلف لا تخرج امرأته الا باذنه يتقيد بحال الزوجية بخلاف
ما اذا قال ان خرجت امرأته الا باذنه من هذه الدار فعبده حر ولم يقيده بالاذن او حلف لا يقبلها
فخرجت بعد ما ابانها او قبلها بعد ما ابانها حيث يحنث لانه لم يوجد فيه دلالة التقييد بحال قيام
الزوجية قال يبر بالهبة بلا قبول بخلاف البيع اي لو حلف ان يهب عبده مثلا بر بقوله
لرجل وهبته لك وان لم يقبل الموهوب له بخلاف البيع فانه لو حلف ان يبيع فباع ولم يقبل المشتري
لا يبر به ولا يبر في يمينه لان الهبة تمليك بلا عوض فيتم بالواهب والقبول شرط ثبوت الحكم وهو
الملك وشرط الحنث الهبة لا حكمها ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان غرضه حمل نفسه على اظهار السماحة
والجود وهي تملك من جانب واحد وذلك يحصل بنفس الهبة بخلاف البيع لانه تمليك من الجانبين
فلا يتم الا بهما وقال زفر لا يحنث ما لم يقبل وفي رواية عنه ما لم يقبل ويقبض لان الهبة تمليك والتمليك
لا يتم بلا تملك وهو القبول ولان المطلق ينصرف الى الكامل وكمالها بالقبول او بالقبول والقبض وجوابه
ما قلنا واختلفوا في ثبوت الملك بها فقال بعضهم يثبت قبل القبول الا انه يرتد بالرد دفعا للضرر والمنة
وقال بعضهم لا يثبت لانه لو ثبت لما امكنه رده في بعض الصور بان كان الموهوب عبدا ذا رحم محرم
من الموهوب له لانه يعتق عليه كما ملكه ولانه لا ولاية له على غيره حتى يدخل في ملكه ونظير الهبة
الصدقة والعارية والوصية والاقرار وفي القرض روايتان عن ابي حنيفة ونظير البيع الاجارة
والصرف والسلم والرهن والنكاح والخلع ويحنث بالفاسد من البيع والهبة قال
لا يشم ريحانا لا يحنث بشم ورد وياسمين اي لو حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لان
الريحان اسم لنبات لا ساق له وله رائحة مستلذة عرفا ولهما ساق والبقل له رائحة مستلذة
وانما الرائحة الطيبة لزهرهما لا لهما فاشبها التفاح والسفرجل الا ترى الى قوله تعالى والحب
ذو العصف والريحان بعد ما ذكر الشجر بقوله والنجم والشجر يسجدان والشجر اسم لما يقوم على ساق
من النبات فدل على انه غيره وقال في الكافي الريحان اسم لما له رائحة طيبة ولا ساق له لغة وعرفا
وذكر في المبسوط انه يحنث بشم الآس وما اشبهه من الرياحين قال البنفسج والورد على الورق

حتى لو حلف لا يشتري بنفسجا او وردا فاشترى ورقهما يحنث ولو اشترى دهنهما لا يحنث لانهما يقعان على الورق دون الدهن في عرفنا هكذا ذكره في الكافي وفي المبسوط اشترى ورق البنفسج لا يحنث ولو اشترى دهنه يحنث لان اسم البنفسج اذا اطلق يراد به الدهن ويسمى بائعه بائع البنفسج فيصير هو بشرائه مشتريا للبنفسج ايضا وهو رواية الجامع الصغير وذكر الكرخي في مختصره انه لو اشترى الورق يحنث ايضا وهذا شيء يبنى على العرف وفي عرف اهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن فبنى الجواب في الكتاب على ذلك ثم شاهد الكرخي عرف اهل بغداد انهم يسمون بائع الورق بائع البنفسج ايضا فقال يحنث به وقال هكذا في ديارنا اعني في المبسوط ولا يقال في احدهما حقيقة وفي الاخر مجاز بل فيهما حقيقة او يحنث فيهما باعتبار عموم المجاز والياسمين كالورد لا يتناول الدهن لان دهنه يسمى زنبقا لا ياسمينا وكذا الحناء يتناول الورق هذا اذا لم يكن له نية وقال في الكافي في عرفنا يقع على المدقوق **قال** حلف لا يزوج فزوجه فضولي واجاز بالقول حنث لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كانه وكله في الابتداء ولهذا يثبت للفضولي حكم الوكيل والمجيز حكم الموكل **قال** وبالفعل لا اي لو اجاز بالفعل لا يحنث وقيل يحنث لما ان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وعن محمد رحمه الله انه لا يحنث بهما لان الاجازة ليست بانشاء العقد حقيقة وانما ينفذ بالرضا حكم العقد وبه كان يفتي بعض المشايخ والمختار الاول لان المحلوف عليه هو التزوج وهو عبارة عن العقد والعقد يختص بالقول ولا يكون بالفعل وانما ينفذ عليه ببعض الافعال كالوطء وايفاء المهر ونحو ذلك لدلالته على الرضا بالعقد لا لانه عقد ولان القول يحاكي العقد فامكن الحاقه به بخلاف الفعل وبخلاف ما اذا زوجه ثم حلف حيث لا يحنث بالاجازة لانها تستند الى وقت العقد وفيه لا يحنث بمباشرته فبالاجازة اولى ولو حلف لا يزوج عبده او امته يحنث بالتوكيل لان ذلك مضاف اليه متوقف على اذنه لملكه وولايته وكذا الحكم في ابنه وبنته الصغيرين لولايته عليهما ولو كانا كبيرين لا يحنث الا بالمباشرة لعدم ولايته عليهما بل هو كالاجنبي عنهما فيتعلق بحقيقة الفعل وهو مباشرة العقد ولو كان الحالف هو العبد او الابن فزوجه مولاه وهو كاره او ابوه وهو مجنون حنث لا بحنثه به بخلاف المكره لوجود الفعل منه حقيقة دونهما **قال** رحمه الله ودار بالملك والاجارة اي لو حلف لا يدخل دار فلان يحنث بدخول ما يسكنه بالملك والاجارة وقال الشافعي رحمه الله لا يحنث الا بالملك لان الحقيقة وهي الملك مرادة فلا يبقى المجاز مرادا لاستحالة اجتماعهما مرادين بلفظ واحد **قلنا** ان المراد به المسكن عرفا فدخل ما يسكنه باي سبب كان باجارة او عارية او ملك باعتبار عموم المجاز ومعناه ان يكون محل الحقيقة فردا من افراد المجاز لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز **قال** رحمه الله حلف بانه لا مال له وله دين على مفلس او ملي لا يحنث لان الدين ليس بمال وانما هو وصف في الذمة لا يتصور قبضه حقيقة ولهذا قيل الديون تقضى بامثالها على معنى ان المقبوض مضمون على القابض لانه قبضه لنفسه على وجه التملك وللمدين على الدائن مثله فالتقيا قصاصا قصاصا وغيره حقيقة وشرعا اما الحقيقة فظاهر واما الشرع فلانه لا حاجة الى الاسقاط اعتبارا لان التصرف في الثمن قبل القبض جائز والله اعلم بالصواب

كتاب الحدود

الحد في اللغة المنع ومنه سمي البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول وسمي اللفظ الجامع المانع حدا لانه يجمع معاني الشيء ويمنع دخول غيره فيه وسميت العقوبات الخالصة حدودا لانها موانع من ارتكاب اسبابها معاودة وحدود الله محارمه لانها ممنوع عنها ومنه تلك حدود الله فلا تقربوها وحدود الله ايضا احكامه لانها تمنع عن التخطي الى ما وراءها ومنه تلك حدود الله فلا تعتدوها وفي الشرع اسم لعقوبة مقدرة تجب حقا لله فلا يسمى التعزير حدا لعدم التقدير ولا القصاص لانه حق العبد وحكمه الاصلي الانزجار عما يتضرر به العباد وصيانة دار الاسلام عن الفساد ولهذا كان حقا لله تعالى لانه شرع لمصلحة تعود الى كافة الناس والطهرة من الذنب ليست بحكم اصلي لاقامة الحد لانها تحصل بالتوبة لا باقامة الحد الا ترى الى قوله تعالى في حد قطاع الطريق ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الاخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا الاية وعد المغفرة للتائبين ولهذا يقام الحد على الكافر ولا طهرة له **قال** رحمه الله الحد عقوبة مقدرة لله تعالى وهذا في الشرع وقد بيناه **قال** والزنا وطء في قبل خال عن ملك وشبهته تعني به الزنا الموجب للحد ويشترط ان تكون الموطوءة مشتهاة والواطئ مكلفا طائعا ولو قال الزنا وطء مكلف في قبل المشتهاة عار عن ملكه وشبهته عن طوع كان اتم ليخرج بذلك وطء غير المكلف كالمجنون والصبي ووطء غير المشتهاة كالصغيرة التي لم تبلغ حد الاشتهاء والميتة والبهائم لان كل ذلك لا يوجب الحد وانما كان كذلك لان الزنا اسم لفعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهة الملك ولهذا وجب درؤه بالشبهة والحد شرع لتقليل الفساد فيما يكثر وجوده ووطء هذه الاشياء نادر لان مزاولة الطباع السليمة والعقول المستقيمة تنفر عنه وانما يفعل ذلك بعض السفهاء لغلبة الشبق وذلك نادر فلا يستدعي زاجرا وهذا لان الاصل في الجزاء ان يكون في الاخرة لا في الدنيا لانها دار الابتلاء والاخرة دار الجزاء لكن السفهاء لما لم ينتهوا بمجرد النهي والوعيد في الاخرة من الشارع شرع في الدنيا بعض العقوبة لدفع فسادهم عن العالم فيما يكثر وجوده **قال** ويثبت بشهادة اربعة بالزنا لا بالوطء والجماع اي يثبت الزنا عند الحاكم ظاهرا بشهادة اربعة يشهدون عليه بالزنا اي بلفظ الزنا لا بلفظ الوطء والجماع لان الوصول الى العلم القطعي متعسر فاكتفي بالدليل الظاهر وهو البينة او الاقرار لرجحان جنبة الصدق لا سيما الاقرار بما يتعلق به ضرر على المقر واشتراط الاربعة لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام للذي قذف امراته ائت باربعة شهداء يشهدون على صدق مقالتك ولان الله تعالى يحب الستر على عباده وذم من احب اشاعة الفاحشة وفي اشتراط الاربع يتحقق معنى الستر اذ توافق الاربعة على هذه الفاحشة نادر واشتراط لفظ الزنا لانه هو الدال على فعل الحرام لا لفظ الوطء والجماع قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة الاية واتحاد المجلس شرط لصحة الشهادة عندنا حتى لو شهدوا متفرقين لا تقبل شهادتهم عندنا ويحدون حد القذف وقال الشافعي تقبل كسائر الحقوق اذ لا تفصيل في النصوص الواردة فيه فيعمل باطلاقها **ولنا** قول عمر رضي الله عنه لو جاءوا مثل ربيعة ومضر فرادى لجلدتهم ولان قول الواحد قبل قول غيره وقع قذفا وكذا الثاني والثالث فلا ينقلب شهادة الا

(Margin:) وذكر في الدر وطء في قبل خال عن ملك وشبهته بيان لمعناه الشرعي واللغوي فانه فيهما سواء ... ووطء الرجل ... والمراة ... لا تسمى زانية مجازا ... كما توهمه الزيلعي ... لا ينتقض التعريف طردا وعكسا. البحر الرائق

للضرورة وهو ما اذا جاؤا جملة فشهد واحد بعد واحد فتقبل شهادتهم لتعذر ادائها جملة وان
كان احدهم الزوج تقبل شهادته وقال الشافعي لا تقبل لان فيه تهمة ولنا انه متضرر به لانه
يلحقه زنا امرأته فكان ابعد من التهمة كشهادة الوالد على ولده قال فيسألهم الامام عن ماهيته
وكيفيته ومكانه وزمانه والمزني بها اي يسألهم عن نفس الزنا وحاله وموضعه ووقته والمرأة
التي زنى بها لانه عليه السلام استفسر ماعزا الى ان ذكر الكاف والنون ولان كلامهم محتمل والاحتياط
واجب فيجب عليه الاستفسار ليزول الاحتمال فيسألهم عن ماهيته اي ذاته وهو ادخال الفرج
في الفرج لانه يحتمل انهم عنوا به غير الفعل في الفرج كما قال صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان
وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي ولان
من الناس من يعتقد كل وطء حرام زنا يوجب الحد وعن كيفيته لاحتمال وقوعه حالة الاكراه
او تماس الفرجين من غير ايلاج الحشفة وعن زمانه ومكانه لاحتمال انه زنى في دار الحرب او
البغي وفي تقادم الزمان او في حال صباه او جنونه وعن المزني بها لاحتمال ان تكون امرأته او امته
او يكون له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء
وهو مندوب اليه قال عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم قال فان بينوه وقالوا
رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وعدلوا سرا وجهرا حكم به لظهور الحق ووجوب الحكم به على القاضي
ولو قالوا لا نزيد على قولنا انه زنى لا يحد المشهود عليه للشبهة وكذا الشهود ايضا لا يحدون لانهم
شهدوا بالزنا ولم يقذفوا وانما يسألون احتياطا حتى لو وصفوه بغير وصفه يحدون ولم يكتف
هنا بظاهر العدالة بخلاف سائر الحقوق احتيالا للدرء ويحبسه حتى يسأل عن الشهود كيلا يهرب
ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما ينبني على الدرء فان قيل
الاحتياط في الحبس ايضا فكيف يكون مشروعا قلنا حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير
لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة فيحبسه تعزيرا له وحبس عليه السلام رجلا بالتهمة بخلاف
الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة لان الحبس اقصى عقوبة فيها الا ترى انه لا يعاقبه
بعد ثبوت الحق الا به فلا يجوز ان يفعله قبل الثبوت بخلاف الحدود فان فيها عقوبة اخرى اغلظ
منه قال رحمه الله وباقراره اربعا في مجالسه الاربعة كلما اقر رده اي يثبت الزنا باقراره
اربع مرات في اربعة مجالس من المقر كلما اقر رده القاضي وقال الشافعي يكتفى بالاقرار مرة لان
الاقرار مظهر وتكراره لا يزيد شيئا كما في سائر الحقوق بخلاف كثرة العدد في الشهود لانه يفيد
زيادة طمأنينة القلب ولنا حديث ماعز رضي الله عنه انه عليه السلام اخر اقامة الحد عليه
الى ان تم اقراره اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان
الشهادة فيه اختصت بزيادة العدد فكذا الاقرار تعظيما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر
ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق
شبهة الاتحاد فيه وهو قائم بالمقر فيعتبر مجلسه دون مجلس القاضي ورد القاضي كلما اقر
فيذهب به حتى يتغيب عن بصره في كل مرة فيما روي عن ابي حنيفة لانه عليه السلام طرد ماعزا

بمجالس

حتى توارى بحيطان المدينة فان قيل انما رده عليه السلام قبل ان يتبين له عقله لانه جاء
اغبر اشعث متغير اللون ولما استبان له عقله رجمه الا ترى انه عليه السلام قال له ابك جنون
فقال لا فسأل عنه فقالوا ما نعلم فيه الا خيرا وبعث الى اهله هل ينكرون من عقله شيئا فقالوا لا
فسأله عن احصانه فاخبره انه محصن فرجمه قلنا ليس كذلك لان حاله يدل على كمال عقله اذ
مجيئه لطلب التوبة والخوف من الله تعالى لا على جنونه وقوله عليه السلام ابك خبل ابك جنون
تلقين منه لما يدرأ به الحد كما قال عليه السلام له لعلك قبلتها او باشرتها والسؤال عنه على
سبيل الاحتياط والدليل عليه ما قال له ابو بكر الصديق له بعد ما اقر ثلاث مرات انك ان اعترفت
الرابعة رجمك فاعترف وهذا يدل على ان هذا العدد كان معروفا بينهم ظاهرا عندهم الا ترى
الى قول ابي بريدة كنا نتحدث في اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ماعزا لو قعد في بيته بعد
المرة الثالثة لم يرجمه وصح ان الغامدية رجمها عليه السلام بعد ما اقرت اربع مرات
ولا يقال اذا لم يجب الحد باقراره مرة وجب ان يجب المهر لانه اقر بوطء لا يوجب الحد فاذا
وجب المهر وجب ان لا يجب الحد بعد ذلك لانهما لا يجتمعان لانا نقول الامر موقوف فان تمت الحجة
لم يجب والا وجب كما قلنا في الشهادة ان البعض اذا شهدوا يتوقف الامر فان تم النصاب لا يكون
قذفا والا فهو قذف فكذا هذا ويعتبر في ايجاب الحد عليهم او على الناس ولا فرق في الاقرار بين
ان يكون حرا او عبدا وفي العبد خلاف زفر رحمه الله وقد عرف في موضعه وقال ابن ابي ليلى لا يعتبر اختلاف
المجالس وانما يعتبر العدد فقط كما في الشهادة والحجة عليه ما بيناه وينبغي للامام ان يزجره عن
الاقرار ويظهر الكراهة من ذلك ويأمر بابعاده عن مجلسه في كل مرة لانه عليه السلام فعل ذلك
وقال عمر رضي الله عنه اطردوا المعترفين يعني بالزنا قال وسأله كما مر فان بينه حد اي اذا
تم اقراره اربع مرات سأله كما مر في الشهادة وهو ان يسأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى
وبمن زنى ومتى زنى ليزول الاحتمال على ما مر وقيل لا يسأله عن الزمان لان تقادم العهد يمنع
الشهادة دون الاقرار والاصح انه يسأله لاحتمال انه زنى في صباه وهذا السؤال بعد ما نظر
في حاله وعرف انه صحيح العقل كما فعل عليه السلام ولا بد من التصريح به في ذلك الوقت ولا يكتفى
بالكناية لانه عليه السلام قال لماعز فهل تدري ما الزنا قال نعم وقال له انكتها ولا يكني قال نعم
فاذا بين ذلك وظهر زناه فاذا قال انه محصن سأله عن الاحصان ما هو فان وصفه بشرائطه حكم
برجمه ولا يعتبر اقراره عند غير القاضي مما لا ولاية له في اقامة الحدود ولو كان اربع مرات حتى لا
تقبل الشهادة عليه بذلك لانه ان كان منكرا فقد رجع وان كان مقرا لا تعتبر الشهادة مع الاقرار
ولو اقر بالزنا مرتين وشهد عليه اربعة لا يحد عند ابي يوسف وقال محمد يحد لان هذا الاقرار
ليس بحجة فلا يعتد به فيكون الامتناع عن الباقي دليل الرجوع او هو غير صحيح فيه فيلتحق بالعدم
شرعا فبقيت الشهادة وحدها هي الحجة فيقبل ولابي يوسف ان الاقرار موجود حقيقة لكنه
غير معتبر شرعا فاورثت الحقيقة شبهة وهو يدرأ بها فصار كما اذا كانت معتبرة شرعا
فان رجع عن اقراره قبل الحد او في وسطه خلي سبيله وقال الشافعي وابن ابي ليلى لوجوبه

سأله عن الاحصان

بالقرآن فلا تبطل بعد ذلك بالرجوع وهذا لانه احدى الحجتين فصار ثبوته به كثبوته بالشهادة
كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر يحتمل الصدق والكذب كالاقرار الاول فاورث
شبهة وهو يدرأ بها وهذا لان كل واحد من كلاميه محتمل لهما فلا يمكن العمل باحدهما لعدم الاولوية
فيترك على ما كان بخلاف القصاص وحد القذف لانه من حقوق العباد وهو يكذبه والحد حق الله
فلا مكذب له والى صحة الرجوع اشار عليه السلام بقوله هلا تركتموه حين اخبر بفرار ماعز قال
ويندب تلقينه لعلك قبلت او لمست او وطيت بشبهة اي يستحب للامام ان يلقنه الرجوع بقوله
لعلك قبلتها او لمستها او وطيتها بشبهة او بنكاح او بملك يمين لانه عليه السلام قال لماعز لعلك
قبلت او غمزت او نظرت قال لا يا رسول الله قال انكتها لا تكني قال نعم فعند ذلك امر برجمه رواه
البخاري واحمد وابو داود وقال عليه السلام في رواية انكتها كما يغيب المرود في المكحلة والرشا
في البئر قال نعم فقال هل تدري ما الزنا قال نعم اتيت منها حراما ما يأتي الرجل من امرأته حلالا الحد
قال فان كان محصنا رجمه في فضاء حتى يموت لانه عليه السلام امر برجم الغامدية وماعز
وكانا محصنين واخرج ماعزا الى الحرة وقيل الى البقيع ففر الى الحرة فرجم بالحجارة حتى مات وفيما رواه
الجماعة انه عليه السلام رجم المرأة التي زنى بها العسيف وقال عليه السلام لا يحل دم امرئ مسلم
الا باحدى معان ثلث كفر بعد ايمان وزنى بعد احصان وقتل النفس بغير حق وقال عمر رضي الله عنه
وهو على المنبر وان مما انزل في القرآن الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة وسيأتي قوم
ينكرون ذلك ولولا ان الناس يقولون ان عمر زاد في كتاب الله تعالى لكتبتها على حاشية المصحف وعليه
اجماع الصحابة رضي الله عنهم فوصل الينا اجماعهم بالتواتر ولا معنى لانكار الخوارج الرجم لانهم
ينكرون القطعي فيكون مكابرة وعنادا قال رحمه الله يبدأ الشهود به اي يبدأ الشهود بالرجم وقال
الشافعي لا يشترط بداءتهم اعتبارا بالجلد ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال حين رجم شراحة
ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه احد لكان اول من يرمي
الشاهد ثم يشهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها اقرت فانا اول من رماها بحجر قال الراوي ثم رمى الناس
وانا فيهم ولان الشاهد ربما يتجاسر على الشهادة ثم يستعظم المباشرة فيأبى ويرجع فكان في
بداءته احتيال للدرء بخلاف الجلد فان كل احد لا يحسنه فيخاف ان يقع مهلكا او متلفا لعضو وهو
غير مستحق ولا كذلك الرجم لان الاتلاف فيه متعين قال فان ابوا سقط اي ان ابى الشهود
من البداءة سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذلك اذا امتنع واحد منهم او جنوا او فسقوا او قذفوا
فحدوا او احدهم او عمي او خرس او ارتد والعياذ بالله تعالى لان الطارئ على الحد قبل الاستيفاء كالموجود
في الابتداء وكذا اذا غابوا او بعضهم او ماتوا او بعضهم لما ذكرنا وهذا عند ابي حنيفة ومحمد واحدى
الروايتين عن ابي يوسف وروي عنه انهم اذا امتنعوا او ماتوا او غابوا رجم الامام ثم الناس وان
كان الشهود مرضى لا يستطيعون ان يرموا او مقطوعي الايدي رجم بحضرتهم بخلاف ما اذا قطعت
ايديهم بعد الشهادة ذكره في النهاية قال ثم الامام ثم الناس لما روينا من اثر علي رضي الله عنه
ويقصدون بذلك قتله الا من كان منهم ذا رحم محرم فانه لا يقصد قتله لان بغيره كفاية وروي

ان حنظلة استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل ابيه وكان كافرا فمنعه من ذلك وقال
دعه يكفيك غيرك ولانه مأمور بصلة الرحم فلا يجوز القطع من غير حاجة قال رحمه الله
ويبدأ الامام لو مقرا ثم الناس اي يبدأ الامام بالرجم ان كان الزاني مقرا لما روينا من اثر علي رضي
الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة ثم قال للناس
ارموا وكانت اقرت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام حين سئل عن غسل
ماعز وتكفينه والصلاة عليه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم فلقد تاب توبة لو قسمت على اهل
الحجاز لوسعتهم ولقد رأيته ينغمس في انهار الجنة ولانه قتل بحق فلا يسقط به الغسل كالقتيل
بقصاص بخلاف الشهيد وصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على الغامدية بعد ما رجمت
وكانت اقرت وقال عليه السلام والذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر
له رواه مسلم وابو داود قال ولو غير محصن جلده مائة اي لو كان الزاني غير محصن جلده
مائة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والخطاب للائمة لان
اجتماع الامة متعذر فتعين الامام لقيامه مقامهم وهي عامة في المحصن وغيره الا انها
نسخت في حق المحصن بما ذكرنا فبقيت معمولا بها في حق غيره وقدمت الزانية بالذكر لانها هي
المادة في هذه الجناية اذ لو لم تطمعه ولم تمكنه لم يطمع ولم يتمكن او لان الفاحشة منهن اكثر
لغلبة شهوتهن وقلة دينهن وعدم حفظهن للمروءة قال ونصف للعبد اي نصف المائة
للعبد لقوله تعالى فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب والمراد به
الجلد لان الرجم لا يتنصف فتعين الجلد لذلك او لعدم الاحصان لفقد شرطه وهو الحرية
فاذا ثبت التنصيف في الاماء لمكان الرق المنقص للكرامات والعقوبات ثبت في العبد دلالة
النص اذ النص الوارد في احد المثلين يكون واردا في المثل الآخر او نقول دخل العبد في اللفظ وانث
للتغليب ومثله قوله عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة ولفظ خمس للاناث وللاناث
ودخل الذكور فيه اما بدلالة النص او دخل في اللفظ وانث للتغليب وفي مثله تغلب الذكور
عادة كما في قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة وان كنتم جنبا وغيره قال
بسوط لا ثمرة له متوسطا اي يضرب بسوط لا عقدة له ضربا متوسطا وفي النهاية هي عذبته
وذنبه وطرفه لان كل ضربة بها تصير ضربتين وعن علي رضي الله عنه انه كسر ثمرته ولو لم تكسر
الثمرة تعد كل ضربة بضربتين لما روي ان عليا رضي الله عنه ضرب الوليد بسوط له طرفان وفي
رواية ذنبان اربعين جلدة فكانت الضربة بضربتين والضرب المتوسط هو المؤلم غير الجارح
لان الجارح يفضي الى التلف ويبقى في جسده اثره فيشينه ولهذا تكسر عقدته وغير المؤلم لا يفيد
والواجب التأديب دون الاهلاك قال وينزع ثيابه يعني غير الازار لان في نزعه
كشف العورة والمقصود من ضربه ايصال الالم اليه لا سيما هذا الحد لانه مبني على الشدة
والتجريد فيه ابلغ وقد صح ان عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود قال
ويفرق على بدنه اي يفرق الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف

والجلد زاجر والتبر متلف ولانه نال اللذة في كل عضو منه فيعطى حظه من الضرب ولهذا يرجم
اذا كان محصنا **قال** الا راسه ووجهه وفرجه لقوله عليه السلام للجلاد اتق الوجه والمذاكير
ولان الضرب على الفرج متلف وعلى الراس سبب لزوال الحواس كالسمع والبصر والشم والفهم
وكذا على الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يومن ذهابها فيكون اهلاكا من وجه فلا يشرع
وقال ابو يوسف اخرا يضرب الراس سوطا لقول ابي بكر رضي الله عنه للجلاد اضرب الراس فان
فيه شيطانا قلنا ذلك في مستحق القتل لانه كان من عادة اهل الحرب محلوقا وسط راسه فامر
بضرب ذلك الموضع واخبر ان فيه شيطانا وقال عمر للجلاد اياك ان تضرب الراس والفرج وقال
بعض مشايخنا لا يضرب الصدر والبطن لانه مقتل كالراس وعن ابي يوسف مثله وقال الشافعي
يختص الظهر بالضرب لقوله عليه السلام لهلال البينة او حد في ظهرك قلنا الثابت فيه نفي ضرب غيره من
الاعضاء **قال** ويضرب الرجل قايما في الحدود وغير الحدود لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجال في
الحدود قياما والنسا قعودا ولان مبنى الحدود على الشهرة لقوله تعالى وليشهد عذابهما طايفة من
المومنين والقيام ابلغ فيه والممدود هو الملقى في الارض كما يفعل اليوم وقيل ان يمد فيرفع يده
فوق راسه وقيل ان يمد السوط على جسده ثم يضرب فيجره عليه وكل ذلك لا يفعل لانه زيادة
على المستحق **قال** ولا ينزع ثيابها الا الفرو والحشو اي المراة لا ينزع عنها ثيابها الا الفرو
والحشو لان في تجريدها هتك العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى البدن **قال**
وتضرب جالسة لما روينا من قول علي رضي الله عنه ولانها عورة فلو ضربت قايمة فلا يومن كشف
عورتها **قال** وحفر لها في الرجم لا له اي يحفر للمراة لا للرجل لقول ابي سعيد فوالله ما حفرنا
له ولا اوثقناه الحديث وقال عبد الله بن بريدة عن ابيه حفر للغامدية الى صدرها رواهما
مسلم واحمد وابو داود ولانها ربما تضطرب اذا اصابتها الحجارة فيبدو اعضاؤها وهي كلها
عورة فكان الحفر استر لها بخلاف الرجل ولا باس بترك الحفر لها لانه عليه السلام لم يامر بذلك
والربط والامساك غير مشروع في المرجوم **قال** ولا يحد عبده الا باذن امامه اي المولى لا
يحده الا اذا فوض الامام اليه وقال الشافعي له ان يقيم عليه الحد الذي هو خالص حق الله تعالى
اذا عاين السبب او اقر عنده اذا كان المولى ممن يملك الحد بتولية الامام بان كان بالغا عاقلا
حرا وان ثبت بالبينة فله فيه قولان وفي حد القذف والقصاص له وجهان وان كان المولى
مكاتبا او ذميا او امراة فليس له ان يقيم الحد على مملوكه له قوله عليه السلام اذا زنت امة
احدكم فتبين زناها فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ثم ان زنت فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ثم ان
زنت الثالثة فليبعها ولو بحبل من شعر متفق عليه ولان له ولاية مطلقة فيملك اقامة ما اوجب
عليه كالامام بل اولى لان ولايته عليه فوق ولاية الامام حتى ملك فيه من التصرفات ما لا يملكه
الامام الا ترى ان المولى هو الذي يزوج دون الولي بالقرابة لان ولاية الملك فوقها وولاية
القرابة فوق ولاية السلطنة لان السلطان لا يزوج الا بعد فقد القريب فلما جعلت ولاية الملك
فوق ولاية القرابة دل انها فوق ولاية السلطنة ضرورة ولهذا يملك تعزيره كما يملكه الامام

والحد كالتعزير لان كلا منهما عقوبة شرعت للزجر **ولنا** ما روي عن العبادلة الثلاثة موقوفا
ومرفوعا اربعة الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء وعن علي مثله ولان الحد حق
الله تعالى اذ المقصود من شرعه اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا تسقط باسقاط العباد فيكون الولاية
مستفادة بالنيابة من الله تعالى والامام هو المتعين لها في استيفاء حقوق الله تعالى فاما المولى
فولايته بالملك لا يصلح ان يكون نائبا لله تعالى الا ترى ان المراة لا تصلح لذلك وان كانت
مالكة وكذا الذمي والمكاتب بخلاف التعزير لانه حق العبد وهو المالك والمقصود منه
التاديب والتثقيف ولهذا يملكه عليه وان كان صغيرا غير مخاطب شرعا وهو كتاديب الدواب
ويقبل فيه الشهادة على الشهادة دون شهادة النساء مع الرجال ويصح فيه العفو والتقدم
في ولاية الانكاح لا يدل على تقدمه في ولاية الحدود كالقريب فانه يتقدم عليه فيه وليس له
ولاية اقامة الحدود ولان الحدود انما تجب باعتبار الادمية والمولى ما ملك ما ليس له الا باعتبار
فكان اجنبيا عنه فصار كالحر في حقه ولهذا يصح اقراره بالحدود دون الاموال والمراد بما
روي التسبب بالمرافعة الى الحكام لا المباشرة بغير اذن الامام وهذا كما يقال قتل الامير
فلانا ونادى الامير في الناس والمباشر للقتل والنداء غيره وانما نسب اليه بالتسبب بالامر
بذلك وهذا المعنى هو الظاهر لانه عليه السلام خاطب الموالي كلهم بذلك وكلهم لا يملكون
المباشرة بالاجماع او يكون ذلك اذنا منه عليه السلام للموالي بان يقيموا الحدود عليهم
وعندنا يجوز اقامته للمولى باذن الامام **قال** واحصان الرجم الحرية والتكليف والاسلام
والوطي بنكاح صحيح وهما بصفة الاحصان العقل والبلوغ وهذه الشرايط سبعة الحرية والعقل
والبلوغ والاسلام والتزوج نكاحا صحيحا والدخول بالنكاح الصحيح وكونهما محصنين حالة الدخول
اما العقل والبلوغ فهما شرط لاهلية العقوبات كلها لان المجنون والصبي ليسا بمكلفين واما
الحرية فلان الاحصان يطلق عليها قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحراير
ولانها ممكنة من النكاح الصحيح المغني عن الزنا واما الاسلام فلقوله عليه السلام من اشرك بالله
فليس بمحصن ولانه يمكن به من نكاح المسلمة اذ الكافرة لا تحصنه ويمنعه من اعتقاد الحرمة
او يؤكده وعن ابي يوسف انه ليس بشرط وبه قال الشافعي لانه عليه السلام رجم يهوديين قلنا كان
ذلك بحكم التوراة قبل نزول اية الجلد في اول ما دخل عليه السلام المدينة وصار منسوخا بها
ثم نسخ الجلد في حق المحصن والكافر ليس بمحصن لما روينا واما التزوج بنكاح صحيح فلان الاحصان
يطلق عليه قال الله تعالى والمحصنات من النساء اي المنكوحات وقال تعالى فاذا احصن اي تزوجن
ولانه يمكنه من الوطي الحلال واما الدخول فلقوله عليه السلام الثيب بالثيب الحديث والثيابة
لا تكون بغير دخول ولانه باصابة الحلال تنكسر شهوته ويشبع فيستغني به عن الزنا والمعتبر
ايلاج الحشفة بحيث يجب عليه الغسل ولا يشترط الانزال واما احصانهما حالة الدخول
فلان هذه النعمة به تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقل ما يرغب في الصغيرة لقلة رغبتها
فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وفي الكافرة خلاف ابي يوسف

وعنه انه لا يشترط الاحصان عندنا للدخول والحجة عليه ما تلوناه وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد وهذه الاشياء من اعظم النعم وكمالها زواجر عن الزنا والجناية عند توفر النعمة ووجود المانع اغلظ واقبح فيناط به نهاية العقوبة ولهذا هدد الله تعالى نساء النبي بتضعيف ما هدد به غيرهن وعاتب الانبياء عليهم السلام بزلات لا يؤاخذ بها غيرهم لزيادة النعمة عليهم بخلاف العلم والشرف لان الشرع لم يرد باعتبارهما ونصب الشرع بالراي ممتنع ولو زال الاحصان بعد ثبوته بالجنون والعته يعود محصنا اذا افاق وعند ابي يوسف لا يعود حتى يدخل بالمراة بعد الافاقة **قال** ولا يجمع جلد ورجم يعني في المحصن ولا بين جلد ونفي يعني في البكر **اما** الاول فلانه عليه السلام لم يجمع بينهما على المحصن وعند اصحاب الظواهر يجلد ثم يرجم لقوله عليه السلام خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم رواه الجماعة الا البخاري والنسائي وعنه عليه السلام جمع بينهما في رجل وعن الشعبي ان عليا حين رجم المراة جلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه البخاري واحمد **ولنا** انه عليه السلام لم يجمع بينهما في ماعز ولا في الغامدية ولا في المراة التي زنى بها العسيف بل رجمهم من غير جلد ولو كان الجمع حدا لما تركه ولانه لا فائدة في الجلد مع الرجم لان الحد شرع زاجرا وزجره بالجلد لا يتاتى مع هلاكه وزجر غيره حاصل بالرجم لكونه ابلغ العقوبات فاذا عري عن الفائدة فلا يشرع ولهذا لو تكرر من شخص ما يوجب الحد يكتفى بحد واحد لعدم الفائدة في الباقي لان المقصود وهو زجره وزجر غيره يحصل بالاول وما رووه معناه الثيب بالثيب جلد مائة او الرجم لان الواو تجيء بمعنى او قال الله تعالى جاعل الملائكة رسلا اولي اجنحة مثنى وثلث ورباع اي اولي اجنحة مثنى او ثلث او رباع فيكون معنى الحديث الثيب بالثيب الرجم ان كانا محصنين او جلد مائة ان لم يكونا محصنين وهذا معنى مستقيم لا اشكال فيه فان كل ثيب لا يرجم فيكون تنبيها منه عليه السلام على الحكمين في الثيب على ان هذا الحديث منسوخ على ما نبين وجه نسخه من قريب ان شاء الله تعالى واما الذي جمع فيه عليه السلام بينهما فانما جلده اول مرة ظنا منه انه غير محصن ثم لما عرف انه محصن رجمه فان جابرا رحمه الله قال ان رجلا زنى بامراة فامر به النبي صلى الله عليه وسلم فجلد الحد ثم اخبر انه محصن فامر به فرجم رواه ابو داود وفعل علي رضي الله عنه محمول على ذلك وتاخيره الرجم الى يوم الجمعة دليل عليه لان تاخير الحد بعد وجوبه لا يجوز وعرف احد الحدين بالكتاب والاخر بالسنة فلهذا قال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لا لان الجمع مشروع في واحد **واما** وهو عدم الجمع بين الجلد والنفي في البكر فمذهبنا وقال الشافعي يجمع بينهما لما رويناه من قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة وقال عليه السلام في العسيف عليه جلد مائة وتغريب عام والخلفاء الراشدون كانوا يضربون ويغربون ولان الزنا ينشا من المصاحبة والمؤانسة فيفرق ويغرب حسما لمادته الا ترى ان السارق لما كان يتمكن من السرقة بالمشي والبطش صار حده قطع آلة المشي والبطش حسما لمادته **ولنا** قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا

كل واحد منهما مائة جلدة جعل الجلد كل الموجب نظرا الى الجواب بالفاء لان الفاء للجزاء والجزاء ما يكون كفاية من جزاه بالهمز اي كفى والى كونه كل المذكور فيكون ذلك الموجب اذ الموضع موضع الحاجة الى البيان فلو وجب التغريب لكان الجلد بعض الموجب فيكون نسخا وهو لا يجوز الا بمثله ولان في التغريب تعريضها على الزنا لانها اذا تباعدت عن العشائر والاقارب ارتفع الحياء واذا نزلت في الرباطات او الحاجات احوجها انقطاع مواد المعاش الى اتخاذ الزنا مكسبة لارتفاع الحياء من المعارف وهو اقبح وجوه الزنا لانه يقع جهرا لكونه ناشئا عن وقاحة ومع العشائر ان وقع يقع خفية ومكتوما لكونه ناشئا عن استحياء ولهذا قال علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة وعمر نفى شخصا فارتد ولحق بدار الحرب فحلف ان لا ينفي بعده ابدا وبهذا يعرف ان نفيهم كان بطريق السياسة والتعزير لا بطريق الحد لان مثل عمر لا يحلف ان لا يقيم الحد وعندنا يجوز ان يفعله ان راى فيه مصلحة ولا يختص ذلك بالزنا الا ترى انه عليه السلام نفى المخنث وعمر نفى نصر بن الحجاج وكان غلاما صبيحا يفتتن به النساء والجمال لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك للمصلحة راها فان الغلام قال له ما ذنبي يا امير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا اطهر دار الهجرة منك فنفاه والتحق بالروم فحلف ان لا ينفي احدا بعد هذا ولان نفي المراة لا يمكن شرعا لان سفرها بغير محرم حرام ولا ذنب للمحرم حتى ينفى معها ولا يمكن القياس على المهاجرة من دار الحرب لانها لا تقصد سفرا وانما تطلب الخلاص حتى لو وصلت الى جيش المسلمين ولهم منعة لا يجوز لها ان تخرج من عندهم وتسافر وكذا في الامة حق المولى مقدم على حق الشرع فلا يمكن ان يفصل بينها وبين مولاها وكذا العبد وما رواه منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة والرجم فانه لا يجمع بين الجلد والرجم على المحصن بالاجماع وبيان نسخه ان الزنا كان في الابتداء الاذى باللسان كما قال الله تعالى فاذوهما ثم نسخ بالحبس في البيوت بقوله تعالى فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت او يجعل الله لهن سبيلا ثم نسخ الحبس بقوله عليه السلام خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم فكان هذا قبل نزول سورة النور بدليل قوله عليه السلام خذوا عني ولو كان بعد نزولها لقال خذوا عن الله ثم نسخ بقوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فكان الجلد حدا للكل ثم نسخ في حق المحصن بالرجم وبقي في حق غير المحصن معمولا به فاستقر الحكم على الجلد فقط في غير المحصن وعلى الرجم فقط في حق المحصن **قال** ولو غرب بما يرى صح اي لو غرب الامام الجاني بما يرى من التغريب جاز لما ذكرنا وقال في النهاية المراد بالتغريب الحبس قال الشاعر ومن يك امسى بالمدينة رحله فاني وقيار بها لغريب اي لمحبوس وهو احسن واسلم للفتنة من نفيه الى اقليم اخر لانه بالنفي يعود مفسدا كما كان ولهذا كان الحبس حدا في ابتداء الاسلام دون النفي وحمل النفي المذكور في قطاع الطريق عليه **قال** والمريض يرجم ولا يجلد حتى يبرا اي اذا زنى المريض وكان محصنا يرجم لان الرجم متلف فلا يمتنع بسبب المرض وان كان غير محصن لا يجلد حتى يبرا كيلا يفضي الى التلف والجلد شرع زاجرا لا متلفا ولهذا لا يقام الحد في شدة الحر ولا في شدة البرد وان كان الزاني ضعيف الخلقة لا يرجى برؤه ويخاف عليه الهلاك اذا ضرب يجلد جلدا خفيفا مقدار ما يتحمله

روي ان رجلا ضعيفا زنى فذكر ذلك سعد بن عبادة لرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ذلك الرجل مسلما فقال عليه السلام اضربوه حده فقالوا يا رسول الله انه ضعيف مما يحسب لو ضربناه مائة قتلنا فقال عليه السلام خذوا عثكالا فيه مائة شمراخ ثم اضربوه ضربة واحدة ففعلوا رواه احمد وابن ماجه وفيما رواه ابو داود لو حملناه اليك لتفسخت عظامه وما هو الا جلد على عظم **قال** والحامل لا تحد حتى تلد وتخرج من نفاسها ان كان حدها الجلد اي لو كانت الزانية حاملا لا تحد حتى تلد لانه يخاف الهلاك على الولد وله حرمة الادمي وان كان من الزنا لعدم الجناية منه وقد روي ان امراة من غامد جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت طهرني فقال ويحك ارجعي فاستغفري الله تعالى وتوبي اليه فقالت اراك تريد ان ترددني كما رددت ماعز بن مالك فقال وما ذاك قالت انها حبلى من الزنا قال انت قالت نعم فقال لها حتى تضعي ما في بطنك قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت قال فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال اذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقام رجل من الانصار فقال الي رضاعه فرجمها رواه مسلم والدارقطني وهذا حديث صحيح وتحبس حتى تلد ان ثبت زناها بالشهادة وان كانت مقرة لا تحبس ولو كان حدها الجلد لم تجلد حتى تخرج من نفاسها لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال ان امة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فامرني ان اجلدها فاتيتها فاذا هي حديثة عهد بنفاس فخشيت ان اجلدها ان اقتلها فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال احسنت اتركها حتى تماثل رواه مسلم واحمد وابو داود والترمذي وصححه ولان النفاس نوع مرض فينتظر البرء علما بما تلنا بخلاف الرجم لان التاخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة ان الرجم يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لما روي عن عبد الله قال جاءت الغامدية فقالت يا رسول الله اني قد زنيت فطهرني وانه ردها فلما كان الغد اتته فقالت يا رسول الله لم تردني لعلك ترددني كما رددت ماعزا فوالله اني لحبلى قال اما لا فاذهبي حتى تلدي فلما ولدته اتته بالصبي في خرقة قالت هذا قد ولدته قال اذهبي فارضعيه حتى تفطميه فلما فطمته اتته بالصبي في يده كسرة خبز فقالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد اكل الطعام فدفع الصبي الى رجل من المسلمين ثم امر بها فحفر لها الى صدرها وامر الناس فرجموها فيقبل خالد بحجر فرمى راسها فتنضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبي صلى الله عليه وسلم سبه اياها فقال مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له ثم امر بها فصلى عليها ودفنت رواه مسلم واحمد وابو داود والتوفيق بين الحديثين انه يحتمل ان يكون مرتان من غامد فاخر رجم احداهما الى ان يفطم ولدها دون الاخرى ويحتمل ان تكون احداهما من غامد والاخرى من قبيلة اخرى فغلط الراوي في الرواية والله اعلم بالصواب

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

الوطء الموجب للحد هو الزنا وهو عند اهل اللغة وفي الشرع وطء الرجل في قبل المشتهاة في غير الملك وشبهته عن طوع وقد بيناه في اول الباب وانما شرط ذلك لوجوب الحد لان الزنا فعل حرام والحرمة على الاطلاق تثبت عند التعري عن الملك وشبهته يؤيده قوله عليه السلام ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان يخطئ في العفو خير من ان يخطئ في العقوبة رواه الترمذي من حديث عائشة وذكر انه قد روي موقوفا وان الوقف اصح وعندنا لا يضر ذلك اذا صح الرفع لا سيما فيما لا يدرك بالراي فان الموقوف فيه محمول على السماع لانهم كانوا يرفعونه تارة ويفتون به اخرى وقال عليه السلام ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعا ثم الشبهة ثلاثة انواع شبهة في الفعل وشبهة في المحل وشبهة في العقد على ما يجيء بيانه فالاول يسمى شبهة اشتباه وهو ان يظن غير الدليل دليلا فلا يتحقق في حق من اشتبه عليه فقط لان المحل خال عن الملك والحق فكان زنا حقيقة غير انه يسقط الحد لمعنى راجع اليه وهو الظن ولهذا لو جاءت بولد لا يثبت نسبه وان ادعاه والنوعان الاخران الشبهة في كل واحد منهما حكمية فيثبت مطلقا لان الشبهة فيه لدليل قائم به يقتضي الحل وانما امتنع من افادته لمانع على ما يجيء تفاصيله **قال** لا حد لشبهة المحل وان ظن حرمته كوطء امة ولده وولد ولده ومعتدة الكنايات اي لا يجب الحد لشبهة المحل وان علم حرمته لان الشبهة اذا كانت في الموطوءة يثبت فيها الملك من وجه فلم يبق معه اسم الزنا فامتنع الحد على التقادير كلها وهذا لان الدليل المثبت للحل قائم وان تخلف عن اثباته حقيقة لمانع فاورث شبهة فلذا سمي هذا النوع شبهة في المحل لانها نشات عن دليل موجب للحل في المحل بيانه ان قوله عليه السلام انت ومالك لابيك يقتضي الملك لان اللام فيه للملك وكذا امه وكذا الولد والمعتدة التي طلقها بالكنايات فيها اختلاف الصحابة فمن مذهب عمر رضي الله عنه انها رجعية فاورث شبهة وان كان المختار قول علي رضي الله عنه وهذه المسائل اخوات **منها** الجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم لانها في ضمانه ويده وتعود الى ملكه بهلاك قبل التسليم وكان مسلطا على الوطء بالملك واليد وقد نفينا الحد فبقي الشبهة وكذا في البيع الفاسد قبل القبض وبعده لانه يثبت له حق الملك فيها وكذا اذا كان بشرط الخيار **ومنها** جارية مكاتبه او عبده الماذون له وعليه دين يحيط بماله ورقبته لان له حقا في كسب عبده فكان شبهة في حقه **ومنها** الجارية المملوكة قبل التسليم في حق الزوج لما ذكرنا من المعنى في المبيعة **ومنها** الجارية المشتركة بينه وبين غيره لان الملك في البعض ثابت حقيقة فكون الشبهة فيها اظهر **ومنها** المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن لان استيفاء الدين يقع بها عند الهلاك وقد انعقد له سبب الملك في الحال فصارت كالمشتراة بشرط الخيار للبائع **قال** وشبهة الفعل ان ظن حله كمعتدة الثلث وامة ابويه وزوجته وسيده اي يسقط الحد لاجل الشبهة في الفعل ان ظن ان وطئها حلال له ويسمى هذا النوع من الشبهة شبهة في الفعل لان الملك والحق غير ثابت في هؤلاء التي ذكرهن لان حرمة المطلقة ثلاثا مقطوع به فلم يبق فيها ملك ولا حق غير انه بقي فيها بعض الاحكام كالنفقة والسكنى والمنع من الخروج وثبوت النسب وحرمة اختها واربع سواها وعدم قبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه فيحصل الاشتباه لذلك فاورث شبهة ان ظن حله لانه في موضع الاشتباه فيعذر ولا فرق في ذلك بين ان يوقع الثلث جملة او متفرقا ولا اعتبار بخلاف من انكر وقوع الجملة لكونه مخالفا للقطعي وكذا الاملاك متباينة بينه وبين ابويه وكذا

حنه وبين زوجته فلا ملك له ولا حق في مالهم وكذا العبد في مال مولاه غير ان المبسوطة يجري بينهم
في الانتفاع بالاموال والرضا بذلك عادة وتجوز الانتفاع بماله شرعا فاذا ظن ان الوطي من هذا
القبيل لعذر لان وطي الجواري من قبيل الاستخدام فيشتبه عليه الحال والاشتباه في محله
معذور فيه ولهذه المسائل ايضا اخوات منها المطلقة على مال لان حرمتها ثابتة بالاجماع
فصارت كالمطلقة ثلثا ومنها ام الولد اذا اعتقها مولاها لثبوت حرمتها بالاجماع وتثبت
الشبهة عند الاشتباه لبقاء اثر الفراش وهي العدة ومنها الجارية المرهونة في حق المرتهن
في رواية كتاب الحدود وهو المختار لان الاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من معناها
فلم يكن الوطي حاصلا في محل الاستيفاء لان الرهن لا يفيد ملك العين حقيقة ولهذا لو ماتت لهلك المرهون
حق كونه على الراهن على ما عرف في موضعه والوطي يصادف العين ولئن افاد ملك العين لا يتصور ان
يفيد ملك المتعة بحال لانه يصير مستوفيا لها بعد الهلاك وفي ذلك الوقت لا يتصور ملك المتعة
منها فصارت كالجارية المستاجرة للخدمة وجارية الميت في حق الغريم بخلاف المشتراة بشرط الخيار
للبائع لان الملك فيها ثابت حقيقة في حال قيامها عند نفوذ البيع وذلك سبب لملك المتعة ع
فان قيل فعلى هذا وجب ان يجب الحد على المرتهن مطلقا اشتبه عليه او لم يشتبه كما في الجارية المستاجرة
للخدمة وكجارية الميت في حق الغريم قلنا الاستيفاء سبب لملك المال في الجملة وملك المال
سبب لملك المتعة في الجملة فحصل الاشتباه بخلاف المستاجرة وجارية الميت لان الاجارة لا
تفيد المتعة بحال والغريم لا يملك عين التركة وانما يستوفي حقه من الثمن ولو ملك العين وتعلق
حقه بها لما جاز بيعها الا باذنه كالرهن ثم لما سقط الحد عنهما بدعوى الحل يسقط عنهما بدعوى الجاد
وعن ابي حنيفة انه لا يسقط عنه لانها تابع فسقوطه عن التبع لا يوجب السقوط عن الاصل كالبالغ اذا
زنى بصبية والظاهر الاول لان سقوط الحد عن الجارية باعتبار الشبهة فيتعدى اليه لان الفعل
واحد بخلاف الصبية لان عدم الوجوب عليها باعتبار عدم الاهلية فلا يمكن تعديته اليه فاقتصر
عليه قال والنسب يثبت في الاولى فقط اي يثبت النسب ان ادعاه في الشبهة الاولى وهي الشبهة
في المحل ولا يثبت في النوع الثاني وهو الشبهة في الفعل وان ادعاه لان النسب يعتمد قيام الملك او
الحق في المحل لانه لا يثبت بدون الفراش والفراش او شبهته توجد باحدهما وفي النوع الاول وجد احد
فلم يتمحض زنا ولم يتحقق في الثاني فتمحض زنا وانما سقط الحد لمعنى راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه
والمحل خال عن الملك وعن الحق ولهذا اوجب عليه الحد اذا لم يدع الاشتباه بخلاف النوع الاول على ما
مر قال وحد بوطي امة اخيه وعمه وامراة وجدت على فراشه يعني وان ظن انها تحل له لانه لا
بسوطة في مال هو لا عادة فلم يستند ظنه الى دليل فلم يعتبر وكذا في سائر المحارم سوى الولاد لا
السرقة منهم حيث لا يقطع بها لان حد السرقة يجب بهتك الحرز ولم يوجد الحرز في حقه لان
المحارم بعضهم يدخل على بعض بغير استيذان ولا حشمة لوجود الاذن بالدخول عادة فيدرابه
الحد واما هنا يجب الحد بالزنا وقد وجد وندرا بالحل او بشبهته ولم يوجد ذلك هذا المعنى
الضيف فانه اذا سرق من المضيف لا يقطع وان زنا بجاريته او في بيته يحد نفسه بعد ما قلنا

وهو المراد بقوله وامراة وجدت في فراشه اي يحد بوطي امراة اجنبية وجدت في فراشه وان
قال ظننت انها امراتي لانه بعد طول الصحبة لا يشتبه عليه امراته وقد ينام في فراشها غيرها
من المحارم والمعارف والجيران فلم يستند الظن الى دليل فلا يعتبر وكذا اذا كان اعمى لان امراته
لا يخفى عليه بعد طول الصحبة يعرفها بالحس والنفس والرايحة والصوت فلا يعذر بترك التفحص
عنها الا اذا دعاها فاجابته اجنبية فقالت انا امراتك فوطيها فانه لا حد عليه لان ظنه استند الى
دليل شرعي وهو الاخبار وكذا لو قالت انا فلانة باسم امراته فواقعها لا يحد لما قلنا ولو جاءت
بولد ثبت نسبه منه لما ذكر من قريب في المزفوفة وان اجابته ولم تقل انا امراتك ولا انا فلانة
يحد لعدم ما يوجب السقوط ولو لا ذلك لما يجب عليه الحد دونها ولا يجب عليه المهر عندنا خلافا
للشافعي وهو نظير الاختلاف في ضمان المسروق مع القطع قال لا باجنبية زفت وقيل هي
زوجتك اي لا يجب الحد بوطي اجنبية زفت اليه وقيل له هي زوجتك فيما اذا تزوج امراة ولم
يدخل بها بعد لانه اعتمد دليلا شرعيا في موضع الاشتباه وهو الاخبار فيطلق له العمل اذ المرء
لا يميز بين زوجته وغيرها في اول الوهلة والولاد لم يقف عليه سوى هذا ولهذا قلنا يثبت نسبه
وان كانت شبهة اشتباه لعدم الملك وشبهته لان الشارع جعل الاخبار بالملك كالمحقق
دفعا للضرر والغرور في الامة التي اشتراها ثم استحقت بعد ما وطئها واستولدها ولا يحد قاذفه
لانه وطي حرام في غير الملك فيسقط به احصانه وعن ابي يوسف انه لا يسقط احصانه لان
هذا الوطي حلال له ظاهرا والحكم يبنى على الظاهر قلنا ليس فيها ملك ولا شبهة فكان زنا
حقيقة فيبطل به احصانه واستناده الى دليل شرعي لا يمنع من ذلك كمن وطي جارية ابنه فانه
يسقط احصانه بذلك علقت او لم تعلق ادعاه او لم يدع قال وعليه المهر لان عليا رضي الله عنه
قضى بذلك ولان الوطي في دار الاسلام لا يخلو عن الحد او المهر وقد سقط الحد عنه فتعين المهر
وهو مهر المثل ولهذا قلنا في كل موضع سقط فيه الحد مما ذكرنا يجب فيه المهر الا في وطي جارية
الابن وعلقت منه وادعى نسبه لما ذكرنا في النكاح او في وطي البائع المبيعة قبل التسليم ذكرها في
الزيادات وينبغي ان لا يجب بوطي جارية السيد لان المولى لا يجب له دين على عبده ولو قيل وجب
ثم سقط فمستقيم على ما اختلفوا في تزويج المولى عبده بجاريته وكون المهر للموطوءة بذلك قضى علي
رضي الله عنه وكان عمر رضي الله عنه يجعله في بيت المال كانه جعله حق الشرع لما ان الحد حق
له وهذا كالعوض عنه والمختار قول علي رضي الله عنه لان الوطي كالجناية عليها وارش الجناية
للمجني عليه ولو كان عوضا عن الحد لوجب على المراة لان الحد ساقط عنها قال وبمحرم نكحها
اي لا يجب الحد بوطي محرم تزوجها وهذا هو الشبهة في العقد سواء كان عالما بالحرمة او لم يكن
عالما بها عند ابي حنيفة رحمه الله ولكن ان كان عالما يوجع بالضرب تعزيرا له وقال ابو يوسف
ومحمد والشافعي ان كان عالما يحد في كل امراة محرمة عليه على التابيد او ذات زوج لان حرمتهن
ثبتت بدليل قطعي واضافة العقد اليهن كاضافته الى الذكور لكونه صادف غير المحل فيلغو
لان محل التصرف ما يجوز محلا لحكمه وهو الحل هنا وهي من المحرمات فيكون وطيها زنا حقيقة

لعدم الملك فيها والحق واليه الاشارة بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم الى قوله انه كان
فاحشة والفاحشة هو الزنا لقوله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة الاية ومجرد اضافة
العقد الى غير المحل لا عبرة به الا ترى ان البيع الوارد على الميتة والدم غير منعقد شرعا حتى لا
يفيد شيئا من احكام البيع غير انه اذا لم يكن عالما يعذر للاشتباه ولابي حنيفة ان الانثى من اولاد
ادم محل لهذا العقد لان محل العقد ما يكون قابلا لمقصوده الاصلي وكل انثى من اولاد ادم قابل لحكم
النكاح وهو التوالد والتناسل فاذا كانت قابلة لمقصوده كانت قابلة لحكمه اذ الحكم يثبت ذريعة
الى المقصود فكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة الحل حقيقة لمكان الحرمة
الثابتة فيهن بالنص فيورث شبهة اذ الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة بنفسها الا ترى ان الخمر
ليست بمال عندنا ولا هي محل للعقد ومع هذا لو اشترى بها شيئا اعتبرت مالا في حق انعقاد العقد
حتى يملك ما يقابلها لكونها مالا عند اهل الذمة والانثى من اولاد ادم محل للعقد في حق غيره من المسلمين
فكانت اولى بايراث الشبهة ولكونها محرمة على التأبيد لا ينافي الشبهة الا ترى انه لو وطئ امته
وهي اخته من الرضاع عالما بالحرمة لا يجب عليه الحد والنكاح في افادة ملك المتعة اقوى من
ملك اليمين لانه شرع له بخلاف ملك اليمين فكان اقوى من افادة الشبهة لان الشبهة تشبه
الحقيقة فما كان اقوى في اثبات الحقيقة كان اقوى في اثباتها واستدلالهم بالفاحشة على انه زنا
غير صحيح لان الفاحشة اسم للمحرم قال الله تعالى ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن وقال تعالى
الذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش الا اللمم الاية فلا يكون اسم الفاحشة مختصا بالزنى ولو كان
مختصا فليس له دلالة على ما قالوا لان النكاح حقيقة للوطئ فيحمل عليه النكاح المذكور في الاية لا على
العقد لان العقد ليس بزنا اتفاقا ولا على الوطئ بعد العقد لان اللفظ لا يدل عليه اذ النكاح
لم يذكر الا مرة فيراد احدهما على البدل دون الجمع بينهما لاستحالة الجمع بين الحقيقة والمجاز
والدليل على انه ليس بزنا ان اهل الذمة يقرون عليه فكان مشروعا فيمن قبلنا والذمي لا يقر على الزنا
ولم يشرع الزنا في دين من الاديان قط فاذا لم يجب الحد عنده لما ذكرنا يبالغ في تعزيره اذا كان
عالما بذلك لانه ارتكب محظورا وفيه فساد العالم ومن الشبهة في العقد وطئ المتزوجة بغير شهود
او بغير اذن المولى او وطئ امة تزوجها على حرة او تزوج خمسا في عقدة فوطئهن او وطئ مجوسية او
مشركة تزوجها او جمع بين اختين في عقدة فوطئهما او الاخيرة لو كان متعاقبا في جميع ذلك لا يجب
الحد عنده كيف ما كان قال رحمه الله وباجنبية في غير قبل ولواطة اي لا يجب الحد بوطئ
امراة اجنبية في غير قبلها ولا باللواطة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
والشافعي هو كالزنا فيحد حد الزنا فيرجم ان كان محصنا والا جلد لما روي عن علي رضي الله عنه
ولانه في معنى الزنا لان فيه قضاء الشهوة بسفح الماء في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض
حراما كالزنا في القبل بل فوقه لانه في الزنا يتوهم منه حدوث ولد يعبد ربه ولا يتوهم في عمل قوم
لوط فكان فوقه في تضييع الماء فكان ادعى الى الزاجر ولا خفاء في كونه مشتهى لان المحل انما يشتهى باللين
والحرارة والدبر في هذا المعنى كالقبل ولهذا رغب فيه الفسقة كما يرغبون في القبل وحرمته

كالزنا بل اكثر واشد حرمة منه لانه في الزنا يمكن ازالة الحرمة بالتزوج والشرا ولا يمكن ذلك في عمل
قوم لوط فكان ادعى الى الزاجر من هذا الوجه ايضا وقال الشافعي في رواية عنه انهما يقتلان فقط
سواء كانا محصنين او لم يكونا لما روى عكرمة عن ابن عباس انه قال من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط
فاقتلوا الفاعل والمفعول به رواه احمد وابو داود وغيرهما وعن سعيد بن جبير ومجاهد عن ابن عباس
في البكر يوجد على اللوطية يرجم رواه ابو داود ولنا انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم
في موجبه مع علمهم بحكم الزنا فمن مذهب ابي بكر الصديق ان يحرقا بالنار ومذهب ابن عباس ان يعلى
بهما اعلى مكان من القرية ثم يلقيا منكوسين لقوله تعالى فجعلنا عاليها سافلها وامطرنا عليهم حجارة من سجيل
ومذهب ابن الزبير ان يحبسا في انتن المواضع حتى يموتا نتنا وكان علي يقول حكمه حكم الزنا من الجلد والرجم
وعن بعضهم يهدم عليهما جدار وكل ذلك بالاجتهاد والحدود لا تثبت به ولا بخبر الواحد وكذا اهل اللغة
لا يسمي هذا زنا وانما يسمونه لواطة قال الشاعر من كف ذات حر في زي ذي ذكر لها محبان لوطي وزناء
وافراد كل واحد منهما باسم يدل على تغايرهما ولا يمكن الحاقه بالزنا بطريق الدلالة لان شرط الدلالة
ان يكون مثله واللواطة ليست بمثل للزنا لان في اللواطة قصورا دون الزنا الا ترى ان الداعي في
الزنا من الجانبين ويؤدي الى اشتباه النسب وافساد الفراش واهلاك البشر اعتبارا لانه يفضي الى
ولد ليس له اب يقوم بتربيته ونفقته فيكون هالكا وليس شيء من هذه الاشياء بموجود في اللواطة
وهي اندر وقوعا لكون الداعي فيها من جانب واحد فلم يشابهه الا في الحرمة وذلك لا يجوز الالحاق
به الا ترى ان البول مثل الخمر في الحرمة ولا يلحق بها في حق وجوب الحد على شاربه لقصور فيه فكذا
هنا لاجل قصوره امتنع الالحاق به وسفح الماء ليس بمحظور الا ترى انه يجوز العزل في المملوكة وكذا في
المنكوحة برضاها وما رواه الشافعي لم يصح لانه لو صح لظهرت المحاجة في الصحابة وارتفع الخلاف
بينهم ولئن صح فهو محمول على السياسة وهو جائز عندنا حتى لو راى الامام في قتل من اعتاده مصلحة
جاز له قتله او يحمل ذلك على المستحل ثم اذا لم يجب الحد عنده يوجع ضربا وزاد في الجامع الصغير
فقال ويودع في السجن هذا اذا فعل في الاجانب واما اذا فعل في عبده او امته او منكوحته لا يجب الحد
بالاجماع وانما يعزر لارتكابه المحظور قال وببهيمة اي لا يجب الحد بوطئ بهيمة وقال الشافعي
يجب لانه وجد سفح الماء في محل مشتهى فيستدعي زاجرا قلنا ان وطئ البهيمة لا يميل اليه الطبع فلا
يستدعي زاجرا لوجود الانزجار بدون الحد والحامل عليه نهاية السفه وغلبة الشبق فيكون
بالف ولهذا لا يجب ستر ذلك الموضع ولو كان مشتهى لوجب ستره كما في القبل والدبر الا انه
يعزر لانه جناية ليس فيها حد مقدر فيعزر وما روي عن عمر انه اتي برجل وقع في بهيمة فعزر الرجل
وامر بالبهيمة فاحرقت كان لقطع التحدث به لانه ما دامت باقية حدث الناس به فيلحقه العار
بذلك لا لان الاحراق واجب ثم ان كانت الدابة مما لا يؤكل لحمها تذبح وتحرق لما ذكرنا وان كانت مما
يؤكل لحمها تذبح وتؤكل لحمها عند ابي حنيفة وقالا تحرق وهذا ايضا هذا اذا كانت البهيمة للفاعل وان
كانت لغيره يطالب صاحبها ان يدفعها اليه بقيمتها ثم تذبح هكذا ذكروا ولا يعرف ذلك الا سماعا فيحمل
عليه قال وبزنا في دار حرب او بغي اي لا يجب الحد بالزنا في دار الحرب او في دار البغي وقال الشا

يجب لان المسلم ملتزم احكام الاسلام حيث كان ومن حكمه وجوب الحد على الزاني ولنا قوله عليه السلام
لا يقام الحدود في دار الحرب ولانه لم يجب لذاته وانما وجب لمقصوده وهو الانزجار والاستيفاء
فاذا لم يمكن الاستيفاء فلا يجب لخلوه عن الفائدة ولا يتحقق الاستيفاء هنالك لانه ليس له ولاية على
نفسه حتى يقيمه على نفسه ولا للامام ولاية عليهم حتى يقيمه هنالك فامتنع الوجوب لعدم الفائدة
وهو الاستيفاء فاذا لم ينعقد موجبا من الابتداء فلا ينقلب موجبا بالخروج الينا ولو غزا الخليفة
ودخل دار الحرب او امير مصر فله ان يقيم الحد على من زنى في معسكره لان العسكر تحت ولايته فيقام
الحد على من زنا منهم كما يقيم في دار الاسلام ولو زنى واحد منهم خارج العسكر لا يقيم الحد عليه لما
ذكرنا فصار كالمستامن في دار الحرب اذا زنى هناك ولو دخلت سرية دار الحرب فزنى رجل منهم لم
يحد وكذا امير العسكر لا يقيم الحد والقصاص لان امير العسكر او السرية فوض اليهما تدبير الحرب
لا اقامة الحدود ثم اذا خرج لا يقام عليه الحد لما روينا وذكرنا من المعنى فان قيل هذا معارض
لقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبل قلنا خص منه مواضع الشبهة من ذلك فبعد ذلك يجوز تخصيصه
بخبر الواحد والقياس واهل البغي التحقوا باهل الحرب لعدم قدرة الامام عليهم قال وان زنا
حربي بذمية في حقه اي لا يجب الحد بزنا رجل حربي مستامن بذمية في حق الحربي المستامن واما
الذمية فتحد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا لو زنا بمسلمة تحد المسلمة دونه عنده وعند
ابي يوسف يحد المستامن ايضا وعند محمد لا يحد واحد منهما ولو كان بالعكس بان زنى ذمي او
مسلم بمستامنة يحد الذمي والمسلم دون المستامنة عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف تحد
المستامنة ايضا وابو يوسف كان يقول مثل قول محمد اولا ثم رجع عنه الى ما ذكرنا والاصل لابي يوسف
ان الحدود كلها تقام على المستامن والمستامنة في دارنا الا حد الشرب كما تقام على الذمي والذمية
لان المستامن يعتقد حرمة الزنا لكونه حراما في كل الاديان وقدرة الامام على اقامته عليه وقد
التزم احكامنا فيما يرجع الى المعاملات والسياسات مدة مقامه في دارنا كالذمي التزمها مدة
حياته الا ترى انه يقام عليه حد القذف والقصاص ويمنع من الزنا وشرا العبد المسلم او المصحف
ويجبر على بيعهما ان اشتراهما كما يجبر الذمي بخلاف حد الشرب لانه يعتقد حله فلا يقام الحد عليه
كما لا يقام على الذمي لانا امرنا ان نتركهم وما يعتقدون والاصل عند ابي حنيفة انه لا يقام على المستا من
والمستامنة شي من الحدود الا حد القذف لان الاقامة تبتني على الولاية والولاية تبتني على الالتزام
اذ لو الزمناه حكما بدون التزامه ادى الى نفرته من دارنا وقد ندبنا الى معاملة تحمله على الدخول
في دارنا ليرى محاسن الاسلام فيسلم وهو بالامان التزم حقوق العباد لان دخوله لقضاء حاجته
وهي تحصل بذلك فالتزم ان ينصفهم كما ينتصف وان لا يؤذي احدا كما لا يؤذى فيلزمه بالتزامه
واما حقوق الله تعالى فلا تلزمه لانه لم يلتزمها الا ترى انه لم يضرب عليه الجزية ولم يمنع من رجوعه
الى دار الحرب ويمنع الكافر من ان يحوز حربا علينا واجب علينا حقا لله تعالى فعلم بذلك انه حربي على حاله
ولهذا لا يقتل المسلم به ولا الذمي به ولم يظهر حكم الامان بالنسبة الى حقوق الله تعالى بخلاف الذمي
فانه بالامان صار من اهل دار الاسلام فيجري عليه احكامها في الدنيا واما القصاص وحد القذف

من حقوق العباد وكذا المنع من شرا المصحف والعبد المسلم من حقوق العباد لان في تركه في يده تعريض المسلم
بالاذلال والاستخفاف بالمصحف ونحن بالامان لم نلتزم الاحتمال والصبر على ذلك فلم نمكنه منه
ومحمد رحمه الله يقول كذلك في جميع ما ذكرنا غير انه يقول فعل الرجل اصل وفعل المرأة تبع والفعل
قائم بالفاعل فصار محلا له والمحال كالشروط فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في
حق التبع وهذا لان الحد انما يجب عليها بالتمكين من فعل موجب للحد وفعله هنا لا يوجب الحد
ان كان مستامنا فكذا تمكينها منه واما اذا كانت هي المستامنة فسقوط الحد عنها وهي تبع لا يوجب
سقوطه عنه وهو اصل لما ذكرنا نظيره فعل الصغير او المجنون مع البالغ العاقل فان البالغ العاقل
اذا زنى بصغيرة او مجنونة يجب عليه الحد دونها وان زنت البالغة العاقلة بصغير او مجنون لا يجب
عليها الحد لما ذكرنا وابو حنيفة يقول ان الموجب للحد عليها هو التمكين من الفعل الفاحش وهو
الزنا وقد وجد لان فعل المستامن زنا لان الكافر مخاطب بالحرمات في الصحيح وان لم يكن مخاطبا
عندنا بالعبادات على ما عرف في موضعه ولهذا يحد الذمي المستامن ويسقط به احصانه و
احصان المستامن حتى لو قذفهما قاذف بعد اسلامهما لا يجب عليه الحد لكونه صادقا فيهما لتحقق
الزنا منهما في حالة الكفر وانما لم يحد المستامن لعقد شرطه على ما بينا آنفا فصار نظير ما لو غاب
الرجل بعد ثبوت زناهما والمرأة حاضرة بخلاف الصبي والمجنون لانهما ليسا بمخاطبين فلم يكن
فعلهما زنا والتمكين منه لا يوجب الحد عليها وقوله فعل المرأة تبع قلنا تبع في نفس الفعل لا في حكمه
الا ترى ان المرأة اذا كانت محصنة والرجل غير محصن يجلد الرجل وترجم المرأة ولا تصير تبعا له
فيه ولا يكون شبهة في حقها ونظير هذا الاختلاف لو زنت مطاوعة بمكره يحد المرأة دونه عندهما
وعند محمد لا تحد لما ذكرنا ولو زنا مستامن بمستامنة لا حد عليهما عندهما خلافا لابي يوسف وقد
بينا الوجه من الجانبين قال وان زنا صبي او مجنون بمكلفة بخلاف عكسه اي لا يجب الحد اذا
زنى الصبي او المجنون بامرأة مكلفة وهي البالغة العاقلة بخلاف العكس وهو ما اذا زنى العاقل
البالغ بصبية او مجنونة حيث يجب الحد على الرجل وقال زفر والشافعي يجب على المرأة في الفصل
الاول ايضا لانها زانية لان الزنا هو قضاء الشهوة بالوطء الخالي عن الملك وشبهته وقد وجد ذلك
فكان زنا والزنا منها مقصود الا ترى ان الله تعالى سماها زانية بقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا
كل واحد منهما مائة جلدة ولهذا لمن قذفها به يحد ولو لم يتصور الزنا منها لما حد قاذفها كقاذف
الصبي والمجنون فاذا كان زنا فامتناع وجوب الحد لمعنى يخصه لا يوجب الامتناع في حقها كما في
العكس وهو ما اذا زنى البالغ العاقل بالصبية او المجنونة فانه يجب عليه الحد اجماعا فكذا هذا
ولنا ان فعل الزنا لا يتحقق من الانثى وانما يتحقق من الذكر ولهذا هو يسمى زانيا وواطئا
والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول به باسم الفاعل كالراضية
للعيشة والدافق للمدفوق او لكونها متسببة بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من الزنا
وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي والمجنون ليس بهذه
الصفة فلا يكون فعلها موجبا للحد اذ هو ليس بزنا وانما يسمى فعلها زنا اذا امكنت من الزنا تبعا

وفعلها ليس بزنا فلا يكون فعلها ايضا زنا وهذا لانها مكنت نفسها من فاعل لا يأثم ولا يحرج فلا
يوجب عليها الحد كتمكينها من زوجها او من النائم بخلاف العكس لان فعل الرجل هو الاصل وهو زنا
حقيقة وعدمه في التبع لا يدل على العدم في الاصل وانما يجب الحد على قاذفها وقاذف الزاني لم يتصور منها زنا
حقيقة لالحاق العار بها بنسبتها الى التمكين من الزنا وهو وصف قبيح في حقها فلهذا يجب الحد به
عليها لا لانها زنت حقيقة وعبارات اصحابنا ان فعلها مع الصبي والمجنون ليس بزنا يشير الى ان
احصانها لا يسقط بذلك كما لا يسقط احصان الصبي والمجنون به حتى يجب الحد على قاذفهما بعد البلوغ
والافاقة ثم وطي الصبي يوجب المهر اذا كانت الموطوءة صغيرة او كبيرة غير مطاوعة او امة لان الوطي
لا يخلو عن الحد او المهر وقد امتنع الحد فتعين المهر لان الصبي يؤاخذ بفعله ورضى الصغيرة او الامة
لم يصح وكذا امرهما لعدم الولاية على نفسهما وان كانت المراة كبيرة مطاوعة لا يجب لها عليه المهر
لانه لو وجب لرجع به عليها لانه فعل بامرها وامرها صحيح لولايتها على نفسها ومن امر صبيا
بشيء ولحقه بذلك ضمان رجع به الولي على الامر فلا يفيد **قال** رحمه الله وبالزنا بمستاجرة
اي لا يجب الحد بالزنا بامراة استاجرها ليزني بها اما لو استاجرها للخدمة فزنى بها يجب عليه
الحد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يجب عليه الحد في
الاول ايضا لانه ليس بينهما ملك ولا شبهته فكان زنا محضا فيحد وهذا لان الاستئجار ليس
بطريق لاستباحة الابضاع شرعا فكان لغوا كما لو استاجرها للطبخ او للخبز ثم زنى بها لان محل
الاجارة المنافع لا الاعيان والمستوفى بالوطي في حكم العين لما عرف في موضعه والعقد لا ينعقد
في غير محله اصلا ولهذا لا يثبت بهذا الوطي النسب والعدة ولو كان سببه الانعقاد لثبتا ولابي حنيفة
ما روي ان امراة طلبت من رجل مالا فابى ان يعطيها حتى تمكنه من نفسها فدرأ عمر رضي الله عنه الحد
عنهما وقال هذا مهرها ولان الله تعالى سمى المهر اجرة بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن
فصار شبهة لان الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة الا ترى انه لو قال امهرتك كذا لازني بك
لم يجب الحد فكذا اذا قال استاجرتك او خذي هذا لاطأك او مكنيني من نفسك بكذا ولان المستوفى
بالوطي منفعة حقيقة وان كان في حكم العين شرعا فاعتبار الحقيقة يقتضي ان يكون محلا للاجارة
فاورث شبهة بخلاف ما اذا استاجرها للطبخ والخبز لان العقد ثم لم يضف الى المستوفى بالوطي
والعقد المضاف الى محل يورث شبهة في ذلك المحل لا في محل اخر **قال** وبالاكراه اي لا يجب الحد بالزنا
بالاكراه وهذا اذا اكرهه السلطان وكان ابو حنيفة اولا يقول يجب الحد وهو قول زفر لان الزنا من الرجل
لا يكون الا بعد انتشار الالة وذلك دليل الاختيار والطواعية فلا يسقط الحد بخلاف المراة حيث
لا تحد لانه لم يوجد منها دليل الاختيار ولانها مرخص لها هذا الفعل اذا خافت على نفسها او على
عضو من اعضائها لكون نسب الولد لا ينقطع عنها ولهذا يوجب القاصر من الاكراه في حقها شبهة ولا
عقوبة في المرخص بخلاف الرجل لانه ليس بمرخص له فيمكن ترتيب العقوبة على فعله ثم رجع وقال لا يحد
لانه شرع للزجر وهو منزجر وانما اقدم عليه لدفع الهلاك عن نفسه فلا يحد كالمراة والانتشار الاله
لا يدل على الاختيار لانه قد يكون طبعا كما يكون طوعا الا ترى ان النائم قد تنتشر آلته وان لم يكن له

قصد واختيار وان اكرهه غير السلطان يحد عند ابي حنيفة وعندهما لا يحد لتحقق الاكراه من غيره لان
المعتبر خوف التلف وذلك لا يختلف بين قادر وقادر بل في غير السلطان اظهر لانه يكون على عجلة خوفا
على نفسه من اولي الامر فيستعجل قبل ظهور الامر ولابي حنيفة ان الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا لانه
يتمكن المبتلى به ان يستغيث بالسلطان او بجماعة المسلمين او يدفعه عن نفسه بالسلاح او بالحيل وهذا اختلاف
عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فكان في زمنه للسلطان قوة ولا يستجري احد على الاجتماع على
الفساد وفي زمنهما ظهرت القوة للمفسدين فافتى كل واحد منهم على ما شاهد في زمنه وزماننا كزمانهما
او افسد فيفتى بقولهما ولذلك اطلقه في المختصر ولم يقيده بالسلطان **قال** وباقرار ان انكره
الاخر اي لا يجب الحد باقرار احد الزانيين اذا انكر الاخر وهذا على الاطلاق قول ابي حنيفة وعندهما ان
ادعى المنكر منهما الشبهة بان قال تزوجته فهو كما قال وان انكر بان قال ما زنيت ولم يدع ما يسقط الحد
وجب على المقر الحد دون المنكر وجه الوفاقية ان دعوى النكاح يحتمل الصدق والنكاح يقوم بالطرفين
فاورث شبهة فيسقط الحد ولهما في الخلافية ما روي عن سهل بن سعد ان رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه
وسلم فقال انه قد زنى بامراة سماها فارسل النبي صلى الله عليه وسلم الى المراة فدعاها فسألها
عما قال فانكرت فحده وتركها رواه احمد وابو داود ولان اقرار المقر حجة في حقه وتكذيب غيره لا يوجب
تهمة في اقراره خصوصا في الحدود فصار كما لو قال انا وفلان قتلنا فلانا عمدا او اخرس يحد فان المقر
يقتص منه فكذا هذا ولابي حنيفة ان الزنا فعل مشترك بينهما فاذا تمكنت الشبهة في احدهما تورث شبهة
في الاخر اذ لا يتصور الا منهما بخلاف مسألة القتل لانه يحتمل ان ينفرد به المقر لانه يتحقق من واحد
ونظيره ان يقر بالزنا على نفسه وعلى رجل اخر بان يقول زنيت بها انا وفلان ولان المنكر يحتمل ان
يكون صادقا بانكاره فيورث شبهة في حق الاخر كما اذا ادعى احدهما النكاح بخلاف ما اذا اقر انه زنى
بغائبة او شهد عليه بذلك حيث يحد وان احتمل ان ينكر الغائب الزنا او يدعي النكاح لانه لو حضر وانكر
الزنا او ادعى النكاح يكون شبهة واحتمال ذلك يكون شبهة الشبهة ثم اذا سقط الحد يجب المهر
تعظيما لامر البضع شرعا ولا يقال كيف يجب لها المهر وهي تبرئه اذا كانت هي المقرة بالزنا لانا نقول
وجوب المهر من ضرورات سقوط الحد فلا يعتبر ردها او نقول صارت مكذبة شرعا بسقوط الحد فلا
يلتفت الى تكذيبها كما اذا ادعى رجل انه تزوج بامراة فانكرت واقام عليها البينة يجب لها المهر وان
انكرت لما ذكرنا فكذا هنا **قال** ومن زنى بامة فقتلها لزمه الحد والقيمة مراده قتلها بفعل الزنا
لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمها الحد بالزنا والقيمة بالقتل كما اذا زنى بها ثم جز رقبتها
ولا يقال لما قتلت بفعل الزنا صار الزنا قتلا فوجب ان لا يعتبر الا القتل ويسقط اعتبار الزنا كقطع اليد
اذا سرى ومات صار قتلا ويسقط اعتبار القطع حتى لا يجب الا ضمان النفس من الدية او القصاص لانا
نقول ضمان اليد بدل اليد وضمان النفس بدل النفس واليد تابعة للنفس كسائر الاعضاء فان الاعضاء
تهلك بهلاك النفس تبعا فيدخل ضمانها في ضمان النفس بخلاف الحد وضمان النفس لانهما حقان مختلفان
وجبا بسببين مختلفين احدهما بالزنا والاخر باتلاف النفس فصار كمن شرب خمر الذمي فانه يحد
ويضمن قيمة الخمر للذمي لما قلنا وعن ابي يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة عليه بقتله اياها

بفعل الزنا سبب لملكه اياها لان المضمونات تملك عند اداء الضمان مستندا الى وقت وجود سبب الضمان فصار كما لو غصب جارية وزنى بها ثم ضمن قيمتها فانه يسقط الحد به فكذا هنا ولان اعتراض الملك قبل اقامة الحد يسقط كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك قبل اقامة الحد لانه ليس بضمان مال وانما هو ضمان الدم وهو بمقابلة الادمية وهي لا تقبل الملك ولهذا يجب على العاقلة مقسطا على ثلث سنين ويجب به الكفارة ولو كان ضمان مال لما وجب على العاقلة ولا الكفارة بخلاف ضمان الغصب لانه ضمان المال ولهذا يجب على الغاصب وحده دون عاقلته ولا نسلم ان اعتراض الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوط الحد وانما يسقط في السرقة لانها الخصومة وهي شرط فيه لا في حد الزنا ولو استند الملك كما قال كان يظهر في حق القائم وهو العين لا في حق المتلاشي وهو المستوفى من منافع البضع فلا يظهر الاستناد في حقه حتى يجعل كانه استوفى ملكه بل المستوفى جزء اثر محض فلا يسقط الحد بملك العين بعده ولان وجوب القيمة تكون بعد تقرر الجناية بالموت وهي ليست بمحل للملك بخلاف ما اذا ذهب عينها بالزنا حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك يثبت في الجثة العميا بضمان القيمة وهي عين فاورثت شبهة دارية للحد اذا العين باقية فامكن ابقاء المنافع تبعا لها بخلاف ما اذا اهلكت وعلى هذا الخلاف لو تزوجها او اشتراها بعد ما زنا بها او زنا بها ثم غصبها وضمن قيمتها وقد بينا الوجه من الجانبين وان جنت الامة فزنا بها ولي الجناية فان كانت الجناية توجب القصاص بان قتلت نفسا عمدا فلا حد عليه وعليه العقر لان من العلماء من قال يملكها في هذه الصورة فاورثت شبهة وان كانت الجناية لا توجب القصاص فان فداها المولى يجب عليه الحد بالاتفاق لان الزاني لم يملك الجثة وان دفعها بالجناية فعلى الخلاف والوجه ما بيناه ولو زنى بالحرة فقتلها يجب الحد مع الدية بالاجماع لان الحرة لا تملك بالضمان ولو زنى بحرة فافضاها فان كانت مطاوعة له من غير دعوى شبهة فعليهما الحد ولا شيء عليه في الافضاء لرضاها به ولا مهر لها لوجوب الحد وان كان مع دعوى شبهة فلا حد ولا شيء في الافضاء ويجب العقر وان كانت مكرهة من غير دعوى شبهة فعليه الحد دونها ولا مهر لها ثم ينظر في الافضاء فان لم يستمسك بولها فعليه دية المرأة كاملة لانه فوت جنس المنفعة على الكمال وان كان يستمسك بولها حد وضمن ثلث الدية لانها جناية جائفة وان كان مع دعوى شبهة فلا حد عليهما ثم ان كان البول يستمسك فعليه ثلث الدية ويجب المهر في ظاهر الرواية وان لم يستمسك فعليه الدية كاملة ولا يجب المهر عند محمد خلافا لمحمد لما بينا وان كانت صغيرة يجامع مثلها فهي كالكبيرة فيما ذكرنا الا في حق سقوط الارش برضاها وان كانت صغيرة لا يجامع مثلها فان كان يستمسك بولها لزمه ثلث الدية والمهر كاملا ولا حد عليه لتمكن القصور في معنى الزنا وهو الايلاج في قبل مشتهاة ولهذا لا يثبت به حرمة المصاهرة والوطء الحرام في دار الاسلام يوجب المهر اذا انتفى الحد فيجب وثلث الدية لكونه جائفة على ما بينا وان كانت لا يستمسك ضمن الدية ولا يضمن المهر عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمن المهر ايضا لما ذكرنا ولهما ان الدية ضمان كل العضو والمهر ضمان جزء منه وضمان الجزء يدخل في ضمان الكل اذا كانا في عضو واحد كما اذا قطع اصبع انسان ثم قطع كفه قبل البرء يدخل ارش الاصبع في ارش الكف وتسقط احصانه بهذا الوطء لوجود صورة الزنا

وهو الوطء الحرام وفي المحيط لو كسر فخذ امراة في الزنا او جرحها ضمن الدية في ماله يعني به فيما دون النفس **قال** رحمه الله والخليفة يؤخذ بالقصاص وبالاموال لا بالحد يعني مثل حد الزنا وشرب الخمر والقذف لان الحدود حق الله وهو المكلف باقامتها لا نيابة من الاربعة المفوضة الى الامام على ما بينا ولا يقدر على اقامتها على نفسه لان اقامتها بطريق الخزي والنكال لينزجر ولا يفعل ذلك احد بنفسه ولا ينزجر بمعاقبة نفسه اذ لا يخاف من نفسه ولا يبالي بها فلا يفيد وفعل نايبه بفعله لانه بامره فاذا لم يفد لا يشرع لان الاشياء انما تشرع لاحكامها فاذا لم يفد احكامها لا يكون مشروعة ولهذا لم يشرع في دار الحرب ثم بعد ذلك لا ينقلب موجبة لانها انعقدت غير موجبة كمن زنى في دار الحرب ثم خرج الينا بخلاف حقوق العباد كالقصاص والاموال لان حق الاستيفاء لمن له الحق ولا يشترط فيه القضا بل لو استوفاه صاحبه جاز وانما يحتاج الى الامام ليمكنه من ذلك لانه قادر عليه بالمنعة والامام فيه كغيره حتى لو استوفاه صاحبه من غير حكم حاكم جاز له ذلك فكذا هنا يمكن استيفاؤه من الامام اما بتمكينه هو بنفسه او بالاستعانة بمنعة المسلمين عليه والله اعلم

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قال شهود بحد متقادم سوى حد القذف لم يحد معناه اذا لم يمنعهم عن الشهادة على الفور بعدهم عن الامام وحد التقادم شهر وهو رواية عن ابي يوسف ومحمد وابو حنيفة لم يقدر بشيء وفوضه الى راي القاضي على ما هو دابه في المقدرات المترددة من القليل والكثير واشار في الجامع الصغير الى انه مقدر بستة اشهر فانه قال واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر او بزنا بعد حين لم يؤخذ به ويضمن السرقة وكذا اشار الطحاوي رحمه الله والاول اصح وهو مروي عن ابي حنيفة لان الشهر وما فوقه آجل وما دونه عاجل اصله مسئلة اليمين فيما اذا حلف ليقضين دين فلان عاجلا فان قضاه فيما دون الشهر بر والا فلا وحد التقادم في شرب الخمر او السكر انقطاع الرائحة خلافا لمحمد هو يجعله كغيره من الحدود على ما يجيء في موضعه والاقرار لا يمتنع بالتقادم خلافا لزفر هو يعتبره بالبينة التي هي احدى الحجتين وقال الشافعي لا يبطل الحدود بالتقادم لان الشهادة انما صارت حجة باعتبار وصف الصدق وتقادم العهد لا يخل بالصدق فلا يخرج من ان يكون حجة كالاقرار وحقوق العباد **ولنا** قول عمر رضي الله عنه ايما قوم شهدوا في حد لم يشهدوا به عند حضرته فانما هم شهود ضغن ولا شهادة لهم ولان الشاهد متى عاين الزنا ونحوه فهو مخير بين حسبتين حسبة اداء الشهادة لقيام الحد فيحصل الانزجار قال الله تعالى واقيموا الشهادة لله وحسبة الستر على المسلم فان الشرع ندب اليه قال عليه السلام من ستر على اخيه المسلم عورة ستر الله عليه عوراته يوم القيمة وقال تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين امنوا لهم عذاب اليم وتاخيرهم الاداء لا يخلو اما ان يكون للستر اولا فان كان للستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة حركتهم فيتهمون فيها ولا شهادة للمتهم وان كان لا للستر صاروا آثمين فاسقين بالتاخير لان ادا الشهادة من الواجبات وتاخيرها فسق ولهذا لو اخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي بلا عذر لا تقبل شهادته بخلاف الاقرار لان تهمة الضغينة لا تتصور فيه لانه لا يعادي نفسه ولان الاقرار لا يبطل بالتهمة والفسق بخلاف حد القذف وحقوق العباد لان الدعوى شرط فيها فالتاخر لعدم الدعوى

اذ لا تصح بدونها فكانوا معذورين بالتاخير **فان قيل** الدعوى شرط في السرقة ومع هذا لا تقبل
الشهادة فيها بالتقادم **قلنا** الدعوى ليست بشرط في الحد وانما هي شرط للمال ولهذا لو شهد شاهدان
على السرقة بدون الدعوى تقبل شهادتهما ويحبس السارق الى ان يجي المسروق منه وانما لا يقطع لاحتمال
ان يكون المسروق ماله لا يعرف السارق فيتهمون بالتاخير فلا تقبل شهادتهم ولان السرقة تقام على
وجه الاستسرار مما على غيره من المالك فيجب على من عرف اعلامه فيصير فاسقا بالكتمان ولان
الحكم يدار على كونه حقا لله ولا تعتبر التهمة في كل فرد من افراده اذ التهمة امر باطن لا يوقف عليه
فيكتفي بالصورة لان الحد يسقط بصورة الشبهة كما يسقط بمعناه فان النكاح الفاسد يسقط بمعناه
ودعواه يسقط بصورته ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتدا يمنع بعد القضا حتى لو هرب بعد
ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد تقادم الحد لا يقام عليه الحد لان الامضا من القضا في الحدود بدليل
عمى الشهود وردتهم بعد القضا قبل الامضا حيث يسقط الحد عن المشهود عليه ولا يجب الحد على الشهود
لان سقوط الحد عن الزاني لنوع شبهة ولا يصلح ذلك لايجاب الحد على الشهود **قال**
ويضمن المال اي اذا لم تقبل شهادتهم بالسرقة المتقادمة في حق الحد لكونه حق الله تقبل في حق المال
ويضمنه لان التقادم يمنع الشهادة بالحد للتهمة ولا يمنع بالمال لعدم التهمة ولان المال يثبت مع
الشبهة ايضا فصار نظير ما لو شهد رجل وامراتان بالسرقة فانه يجب فيه المال ولا يجب القطع
قال رحمه الله ولو شهدوا بزناه بغايبة حد بخلاف السرقة وهذا اذا اقر انه زنى بغايبة لانه
عليه السلام رجم ماعزا والغامدية حين اقرا بالزنا بغايبين ولان الزنا قد ثبت بالحجة فيجب الحد
بخلاف ما اذا شهدوا انه سرق من فلان الغايب حيث لا يجب الحد لان الغيبة تعوت الدعوى وهي شرط
في السرقة دون الزنا ولانهم يشهدون في السرقة بثبوت الملك للغايب في المال المسروق ولا يقدرون
على ذلك لا بحضرته **فان قيل** ينبغي ان لا يحد في الزنا ايضا حتى يحضر الغايب لاحتمال ان يدعي النكاح
فيكون شبهة **قلنا** دعوى النكاح شبهة لاحتمال الصدق فيعتبر واحتمال الدعوى شبهة
الشبهة فلا يعتبر لان اعتبارها يودي الى سد باب الحدود ولا يقال ينتقض هذا بالقصاص اذا
كان بين شريكين وكان احدهما غايبا لا يتمكن الحاضر من الاستيفا لاحتمال العفو من الغايب لانا
نقول العفو حقيقته المسقط واحتماله يكون شبهة المسقط لا شبهة الشبهة **قال** وان اقر
بالزنا بمجهولة حد وان شهدوا عليه بذلك لا كاختلافهم في طوعها او في البلد ولو على كل زنا اربعة
اي لو اقر انه زنا بامراة لا يعرفها يجب عليه الحد وان شهد عليه الشهود بذلك بان قالوا زنى بامراة
لا نعرفها لا يجب عليه الحد كما لا يجب عليه اذا اختلفوا في طواعيتها بان قال اثنان انه زنى بفلانة
واكرهها وقال اخران انها طاوعته او في البلد بان قال بعضهم انه زنى بها بالكوفة وبعضهم قال
زنى بها بالبصرة وان تم في كل زنا اربعة **اما الاول** وهو ما اذا اقر انه زنى بمجهولة فلانه لو كانت
امراته او امته لعرفها لانه لا يخفى عليه امراته ولا امته **فان قيل** قد تشتبه عليه امراته بان
لم تزف اليه **قلنا** الانسان لا يقر على نفسه كاذبا ولا حال الاشتباه فلما اقر اسقط كون الموطوة
امراته ولا يعتبر الاحتمال البعيد بان يكون امته بجهة من الجهات كالارث وهو لا يعرف ذلك

او بالتوكيل الدمن حملوكاته او مملوكات ابايه لان ذلك يودي الى انسداد باب اقامة الحدود لان ذلك
يحتمل في المعروفة ايضا كما يحتمل في المجهولة **واما الثاني** وهو ما اذا شهد الشهود عليه بذلك فانما
لا يحد لانه يحتمل ان يكون امراته او امته بل هو الظاهر لان المسلم يمنعه دينه عن ارتكاب المحرم ظاهرا
ولا يلزم من عدم معرفة الشهود الموطوة ان يكون زنا بخلاف ما اذا لم يعرفها الزاني واما اذا اختلفوا
في طوع المراة فلانه زناآن مختلفان ولو لم يكمل في كل واحد منهما نصاب لان زناها طوعا غير زناها
مكرهة فلا يحد وهذا عند ابي حنيفة وزفر وقالا يجب الحد على الرجل خاصة لان الشهود اتفقوا على
علمه بانه زنا وتفرد اثنان منهم بزيادة جنايته وهو الاكراه وجوابه ما ذكرنا ولان الطوع يقتضي
اشتراكهما في الفعل والكره يقتضي تفرده فكانا غيرين ولم يوجد في كل منهما نصاب الشهادة ولان شاهدي
الطواعية صارا قاذفين لها بالزنا فصارا خصمين فيه ولا شهادة للخصم وانما سقط حد القذف عنهما
بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فان من قذف امراة ثم اقام شاهدين
انها زنت مكرهة سقط الحد عن القاذف واعتبار عدد الاربعة في الشهادة على الزنا الموجب للحد وهذا
شهادة على سقوط احصانها وسقوط الاحصان يثبت بشهادة الاحصان ذكره في الكافي وهذا التخريج
يستقيم على قولهما واما على قول ابي حنيفة فاتفاق الشهود الاربعة على النسبة الى الزنا بلفظ الشهادة
مخرج لكلامهم من ان يكون قذفا على ما نبين عن قريب وفيه احتلاف الطريق يظهر فيما اذا شهد ثلثة انها
طاوعته وشهد واحد انه اكرهها فعلى قوله لا يقام الحد على واحد منهم لما قلنا وعندهما يقام على
الثلثة لانهم قذفوه ولم يسقط احصانها بشهادة الفرد واما اذا اختلفوا في البلد فان لم يتم نصاب
الشهادة بالزنا في كل بلد بان شهد اثنان انه زنى بها بالكوفة واثنان انه زنا بها بالبصرة فلا اشكال
في انه لا يجب الحد عليهما لان المشهود به مختلف لان الفعل يختلف باختلاف الاماكن ولم يتم في كل واحد
منهما نصاب بكلم يثبت فلم يحد ولا يحد الشهود ايضا وقال زفر رحمه الله يحدون لان العدد لم يتكامل
في كل زنا فصاروا قذفة **ولنا** ان كلامهم وقع شهادة صورة لاستجماع شرايطها من الاهلية
ولفظة الشهادة وتمام العدد في حق المشهود عليه فلا يجب الحد عليه فاذ فيه اعتبار الصورة واعتبر
نقصان العدد في حق المشهود به فقلنا لا يجب عليهما حد الزنا اعتبارا للحقيقة وعلى هذا الخلاف اذا جا
القاذف باربعة شهدا فشهد اثنان انه زنى في بلد وشهد اخران انه زنى في بلد اخر فظاهر الاية يقتضي
سقوط الحد عن القاذف وهو قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا وشرط
شهادة الاربع لسقوط الاحصان مطلقا وقد وجد وان تم نصاب الشهادة بالزنا في كل بلد بان شهد
اربعة بانه زنا بها بالبصرة واربعة انه زنى بها بالكوفة فالمسئلة محمولة على ما اذا ذكروا وقتا
واحدا بان شهد كل طايفة انه زنى بها وقت طلوع الشمس يوم الخميس مثلا لانا تيقنا بكذب
احد الفريقين لان الشخص الواحد لا يكون في ساعة واحدة في مكانين متباعدين ولا يعرف
الصادق من الكاذب فعجز القاضي عن الحكم بهما للتعارض او للتهمة الكذب فيهما ترد ولا يحد
الشهود ايضا لما ذكرنا انفا وهنا اظهر لان كل واحد من الزنا تم فيه نصاب الشهادة ويحتمل
صدق احدى الطايفتين فلا يحدون مع الاحتمال **قال** ولو اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمراة

في حق المشهود عليه فلا يجب
وان لم يتم في حق الشهود به
فاعتبر بالنظر الى العدد

ومعناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وكان البيت صغيرا وان كان كبيرا لا يقبل ذكره في
المحيط والقياس ان لا يقبل كيف ما كان لاختلاف المكان حقيقة **وجه** الاستحسان ان التوفيق
ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية اخرى بتنقلهما بالاضطراب او يحتمل ان
يكون في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد كل واحد منهم بحسب ما
عنده وكذلك لو اختلفوا في ساعتين من يوم متقاربتين بحيث يمكن ان يمتد الزنا اليهما فيقبل لامكان
التوفيق وان اختلفوا في الثوب الذي كان عليه حالة الزنا يقبل لان التوفيق ممكن بان يكون عليه ثياب
فيعاين كل فريق غير الذي عاينه الآخر او يحتمل انه اخذ في العمل في ثوب ثم لبس آخر وهو على حاله وفيه
خلاف زفر وعلى هذا لو اختلفوا في لون المزني بها او في طولها وقصرها يقبل والاصل في هذا انه مهما
امكن التوفيق يصار اليه لان التوفيق فيه مشروع ولولا ذلك لما وجب الحد اصلا لاحتمال ان كل واحد
منهم يشهد بزنا غير الذي يشهد به اصحابه **قال** ولو شهدوا على زنا امراة وهي بكر او الشهود
فسقة او شهدوا على شهادة اربعة وان شهد الاصول لم يحد احد يعني لم يحد الزانيان ولا الشهود
في هذه الصور كلها **اما** في الصورة الاولى فلان الزنا لا يتحقق مع البكارة فظهر كذبهم بيقين ولا يجب
الحد عليهما ولا على الشهود لان عددهم متكامل وانما يسقط الحد عنهما بقول النساء انها بكر وقولهن حجة
في اسقاط الحد لا في ايجابه وكذا اذا شهدوا على رجل بالزنا وهو مجبوب فانه لا يحد لظهور كذبهم
ولا يحد الشهود ايضا لتكامل عددهم ولفظ الشهادة صورة ولان الحد يجب لدفع العار عن المقذوف
في موضع التهمة وهنا لا يلحقه العار لعدم التهمة ونظيره اذا شهدوا على المراة بالزنا فوجدت
رتقا لا يجب الحد عليهما ولا على الشهود لما ذكرنا في البكر والمجبوب و**اما** اذا كان الشهود فسقة
فلان الفاسق من اهل التحمل والاداء وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الكذب ولهذا لو قضى القاضي
بشهادته ينفذ عندنا لما عرف في موضعه فيثبت بشهادتهم الزنا من وجه باعتبار الاهلية
ولا يثبت من وجه باعتبار القصور فيسقط الحد عن المشهود عليهما باعتبار عدم الثبوت ويسقط
عن الشهود باعتبار الثبوت ولهذا لو اقام القاذف اربعة من الفساق على ان المقذوف قد زنى
يسقط عنه الحد بخلاف القاتل حيث لا يسقط عنه القود باقامة الشهود الفسقة على ان اولياء
المقتول قد عفوا لان وجوب القود بالقتل يتقرر به فلا يسقط بالشك والاحتمال وحد القذف
لم يجب بالقذف وانما يجب بالعجز عن اقامة البينة لان الله تعالى علقه به بقوله تعالى والذين
يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء الاية عطفه على الشرط والمعطوف على الشرط شرط
فكان العجز شرطا للوجوب واما القود فمرتب على نفس القتل بقوله تعالى كتب عليكم القصاص في
القتلى فظهر ان السبب الموجب نفس القتل وتقرر فلو سقط بعد ذلك انما يسقط بقبول شهادتهم
وليس لهم شهادة ملزمة وهذا لان العفو مسقط بعد الوجوب وليس بمانع من الوجوب بخلاف
حد القذف فان الشهادة فيه تمنع الوجوب وهو بقاء ما كان على ما كان والعجز موجب فلم يتيقن
بالعجز مع شهادتهم فلا يجب واما اذا شهد اربعة على شهادة اربعة فلما فيها من زيادة الشبهة لان
احتمال الكذب فيها في موضعين في شهادة الاصول وفي شهادة الفروع او لان الكلام اذا تداولته

الالسن يمكن فيه زيادة او نقصان ولا يمكن التحرز عنهما عادة ولان الشهادة على الشهادة بدل
والابدال تنتصب للحاجة ولا حاجة في الحدود لانها مبنية على الدرء ولا حد على الفروع لانهم ما نسبوا
المشهود عليه الى الزنا انما حكوا شهادة الاصول والحاكي للقذف لا يكون قاذفا ولان عددهم متكامل
والاهلية موجودة وانما ردت شهادتهم لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه وان جاء
الاصول وشهدوا على معاينة ذلك الزنا بعينه لم يقبل شهادتهم ولم يحدوا ايضا وهو المراد بقوله
وان شهد الاصول لم يحد احد وانما لم يقبل لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين
تلك الحادثة وهم قائمون مقامهم بالامر والتحمل والشهادة متى ردت لتهمة لم تقبل في عين تلك الحادثة
ابدا وانما تقبل في المال شهادة الاصول بعد ما ردت شهادة الفروع لان شهادة الاصول لم ترد
حقيقة وانما حصل فيها شبهة الرد والمال يثبت مع الشبهة دون الحد ولا يحد الاصول ايضا لما
ذكرنا ولو ردت شهادة الاصول لم تقبل شهادة الاصول ولا الفروع بعده ابدا هذا اذا ردت شهادتهم
لتهمة مع الاهلية وان ردت لعدم الاهلية كالعبيد والكفار تقبل شهادتهم في تلك الحادثة بعد العتق
والاسلام لزوال المانع ولو شهد اربعة على رجل بانه زنى بفلانة ثم شهد اربعة آخرون انه هو لا بل
الشهود هم الذين زنوا بها فلا يحد احد منهم عند ابي حنيفة وقالا يحد الفريق الاول من الشهود حد
الزنا ولا يحد الرجل المشهود عليه لان الشهود الثاني جرحوا الشهود الاول بفعل الزنا وقد ثبت عليهم
ذلك وعلى المراة بشهادتهم فيحدون حد الزنا ثم لا تقبل شهادتهم لثبوت فسقهم بالزنا فلا يحد الرجل
المشهود عليه الاول وله ان مثل هذا الكلام يراد به النفي عن الاول واثبات ذلك بعينه للثاني
عادة كما اذا قال زيد دخل عمرو الدار وقال آخر لا بل زيد هو الذي دخل الدار فالشهود الاول اثبتوه
على المشهود عليه والشهود الثاني نفوه عنه واثبتوه على الشهود والفعل الواحد لا يتصور ان يفعله
شخصان ويحتمل ان يكون احد الفريقين صادقا والآخر كاذبا ولا يعرف ذلك بعينه فاورث
شبهة فلا يحدون حد القذف ولا حد الزنا لذلك فصار نظير ما لو شهد اربعة بالزنا على
رجل في بلد عند طلوع الشمس وشهد اربعة آخرون انه زنى في بلد آخر في ذلك الوقت على ما
بينا من قبل وعلى هذا لو شهد اربعة على رجل وامراة بالزنا وشهد اربعة آخرون على الشهود بانهم
هم الذين زنوا بها لا حد على الكل عند ابي حنيفة لما ذكرنا وعندهما يحد الرجل والمراة والفريق
الاوسط من الشهود حد الزنا لان الفريق الاوسط صاروا فسقة بشهادة الفريق الآخر بالزنا
عليهم فبطلت شهادتهم على الفريق الاول وصاروا قذفة لهم الا انه لا يجب عليهم حد القذف لكمال
النصاب على ما بينا من قبل ويحدون حد الزنا الثابت عليهم بالشهود الآخر **قال** ولو كانوا
عميانا او محدودين او ثلاثة حد الشهود لا المشهود عليه لان شهادة العميان او المحدودين في القذف
لم يثبت بها المال مع انه يثبت بالشبهة فكيف يثبت بها الحد وهو يسقط بالشبهات بعد الثبوت
وشهادة الثلاثة قذف لانه لم يكمل النصاب لان الشهادة قذف حقيقة وخروجها من ان تكون
قذفا باعتبار الحسبة ولا حسبة عند نقصان العدد فيحدون وحد عمر رضي الله عنه الثلاثة الذين
شهدوا على مغيرة بن شعبة وهم ابو بكرة وسهل بن معبد ونافع بن الازرق بمحضر من الصحابة من غير

نكر فصار اجماعا **قال** ولو حد فوجد احدهم عبدا او محدودا حدوا لانهم قذفة اذ الشهود
ثلثة على ما بينا **قال** وارش ضربه هدر وان رجم فديته في بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا ارش الضرب على بيت المال وعلى هذا لو مات من الضرب يجب الدية في بيت المال عندهما خلافا
له وعلى هذا الخلاف لو رجع الشهود وقد جرحته السياط او مات من الضرب لا يضمنون عنده
وعندهما يضمنون اما الرجم فلانه حصل بقضاء القاضي وهو خطأ منه وخطؤه في بيت المال لان عمله
نفع للمسلمين فيجب غرمه في مالهم وهذا بالاجماع واما ارش الضرب فلهما ان الجرح اضيف الى شهادتهم
لان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب والاحتراز عن الجرح غير ممكن فينتظم الجارح وغيره فيكون الكل
مضافا الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لان فعل الجلاد ينتقل
الى القاضي وهو عامل للمسلمين وصار كالرجم والقصاص وهذا لان الامام لا يلزمه ضمان ما
اخطأ فيه وانما يلزم من وقع فعله له وفعله هنا وقع لعامة المسلمين فيجب ضمانه عليهم ومال
بيت المال لهم فيجب فيه ولابي حنيفة ان المستحق هو الجلد حدا وهو ضرب مؤلم غير مهلك ولا جارح
ولا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة اهتدائه فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه
الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس من الاقامة مخافة الغرامة وهذا لانه مامور بالضرب وفعل
المامور لا يتقيد بالسلامة بخلاف الرجم والقصاص لان المستحق بشهادتهم فيهما الاتلاف فيجب
عليهم ضمانه عند رجوعهم وعلى بيت المال عند ظهورهم عبيدا لما ذكرنا **قال** فلو رجع احد الاربعة
بعد الرجم حد وغرم ربع الدية وكذا كلما رجع واحد منهم يحد ويغرم ربع الدية اما الغرامة فلا
تلف النفس بشهادتهم فاذا اقر انه اتلف بغير حق يجب عليه الغرامة بحسابه من الدية اذا لم
يكن التلف مستحقا لغيره لان في هذا الباب يعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع حتى لو كان الشهود
خمسة فرجع واحد لا شيء عليه لان التلف مستحق لغيره واما الحد فالمذكور هنا مذهب علمائنا الثلثة
وقال زفر لا يجب الحد على الراجع لانه لو وجب اما ان يجب بالقذف قبل الرجم ولا سبيل اليه لان من
قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف لكونه لا يورث او بالقذف بعد الرجم ولا سبيل اليه ايضا
لان المرجوم لا يحد قاذفه لكونه مرجوما بحكم الحاكم فيكون شبهة فصار كما لو قذفه غيره **ولنا**
ان كلامه انقلب قذفا للحال لانه انما يعتبر شهادة ووقع الحكم به بهذا الوصف لانه عند الرجوع
ينقلب قذفا لانه فسخ لشهادته بعد الوجود وينفسخ ما ينبني عليه وهو القضاء فيكون قذفا
للحال وهو محض في زعمه فيحد بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه مرجوم بحكم الحاكم فلم يوجد ما يوجب
فسخ الشهادة في حقه لان زعم الراجع يعتبر في حقه لا في حق غيره ونظيره الطلاق المعلق بالشرط
فانه ليس بطلاق للحال لانه اعدام ويصير طلاقا عند وجود الشرط **فان قيل** غاية ما فيه انه قذف
افترا بعد ما قذفه بانه كان عفيفا وذلك لا يوجب الحد عليه لرجمه بحكم الحاكم فصار كما اذا قذفه غيره
فاقر بانه كان عفيفا **قلنا** الحجة ليست كاملة في حق الراجع لانفساخها في حقه على ما بينا وفي حق
غيره كاملة فلا يعتبر زعمه فيه وهذا بخلاف ما اذا وجد واحد منهم عبدا حيث لا يحدون لانه لما ظهر
انه عبد تبين ان شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفا في ذلك الوقت فصاروا قاذفين حيا ثم مات

والحد لا يورث على ما يجي ان شاء الله تعالى ولو كان رجع الحاكم فجلد بشهادتهم ثم رجع واحد منهم يحد
الراجع وحده بالاجماع والفرق لزفر ان المقذوف حي هنا فيطالب هو بالحد وفي مسئلة الكتاب
قد مات بالرجم والحد لا يورث على ما عرف ولو شهد على رجل اربعة انه زنا بفلانة وشهد عليه اربعة
اخرون بالزنا بغيرها ورجم ورجع الفريقان ضمنوا ديته اجماعا وحدوا للقذف عندهما وقال
محمد لا يحدون لان رجوع كل فريق يعتبر في حقهم لا غير ولهما ان كل فريق اقر على نفسه بحد القذف
لان كل فريق يقول انه عفيف قتل ظلما وانه قذفه كذبا **قال** وقبله حدوا ولا رجم اي لو رجع
واحد من الشهود قبل الرجم حدوا كلهم ولا رجم المشهود عليه وقال محمد حد الراجع وحده ان رجع بعد
القضاء وهو قول زفر لان الشهادة تاكدت بالقضاء فسقط احصانه ثم بالرجوع ينفسخ في حق
الراجع فقط كما في المسئلة الاولى ولهما ان الامضاء من القضاء في حقوق الله تعالى لان المقصود من
القضاء اعلام من له الحق بحقه ليستوفيه منه والله عالم بالاشياء ولا يخفى عليه خافية فكان المفوض
الى الحاكم الاستيفاء فلما لم يستوف لم يستحكم قضاؤه فكان العارض بعد القضاء قبل الامضاء كالعارض
قبل القضاء ولهذا يمتنع الامضاء بموت القاضي وعزله وردة الشهود وعماهم وغيبتهم وخروجهم من
ان يكونوا اهلا للشهادة باقامة حد القذف عليهم وغير ذلك مما يمنع القبول ولهذا لا يجب الحد
على المشهود عليه فدل على بطلان الحكم وان رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر يحد
الراجع وحده لان رجوع الراجع لا يصح في حق غيره **ولنا** ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير
شهادة باتصال القضاء به واذا لم يتصل به بقي قذفا على حاله ولا يكون شبهة ولهذا لا يقضى بها
بالمال بعد الرجوع مع انه يثبت مع الشبهة فيحدون بخلاف ما تقدم ولا يقال كيف يجب عليهم الحد
برجوع غيرهم بعد كمال النصاب ولا يواخذ احد بفعل غيره لانا نقول الحد وجب عليهم بقذفهم لا بالرجوع
لان الشهادة قذف وانما تخرج من ان تكون قذفا باتصال القضاء بها وبالرجوع امتنع القضاء لا غير
فصار كما لو امتنع الشاهد الرابع عن الشهادة ابتداء بعد ما شهد اصحابه **قال** ولو رجع احد
الخمسة لا شيء عليه يعني لو كان الشهود خمسة فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد منهم لا شيء على الراجع
من الضمان والحد لما ذكرنا ان المعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يقوم بكل الحق **قال**
فان رجع اخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلانفساخ القضاء بالرجم في حقهما واما الغرم فلان المعتبر
بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق فيلزمهما الربع **فان قيل** الاول
منهما حين رجع لم يلزمه شيء فكيف يجب عليه الحد والضمان بعد ذلك برجوع غيره **قلنا** وجد منه
الموجب للحد والضمان وهو قذفه والاتلاف بشهادته وانما امتنع الوجوب لمانع وهو بقاء من يقوم
بالحق فاذا زال المانع برجوع الثاني ظهر الوجوب **قال** وضمن المزكون دية المرجوم ان ظهروا
عبيدا كما لو قتل من امر برجمه فظهروا كذلك يعني اذا شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فظهر
الشهود عبيدا يجب الضمان على المزكين كما يجب الضمان على القاتل بضرب عنقه فيما اذا امر الامام
برجمه بعد ما شهد عليه اربعة بالزنا ثم ظهر الشهود عبيدا **اما الاول** فمعناه اذا رجعوا عن التزكية
بان قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لم يضمنوا وان ثبتوا على شهادتهم

فيه

ولم يرجعوا لم يضمنوا بالإجماع لأنهم أخطؤوا فيما عملوا لعامة المسلمين فصاروا كالقاضي وكذا في الخلا
أنهم أثنوا على الشهود خيرًا فصاروا كشهود الإحصان ولأنهم لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وذلك
بالمباشرة أو بالتسبيب ولم يوجد واحد منهما أما المباشرة فظاهر وكذا التسبيب لأن سبب
الإتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وإنما أثنوا على الشهود خيرًا وذلك لا يوجب الضمان كشهود الإحصان
فيكون في بيت المال لتفسير خطأ الإمام ولأبي حنيفة رحمه الله أن الشهادة لا تعمل ولا تكون حجة إلا
بالتزكية فصارت كعلة العلة لإلزامهم القاضي القضاء بالبينة بخلاف شهود الإحصان لأن
الإحصان علامة محض ولهذا يشترط الذكورة والتزكية دون شهود الإحصان على ما يأتي من
قريب والشهادة موجبة للعقوبة وإن لم يكن محصنًا ولا فرق بين ما إذا شهدوا بلفظ الشهادة
أو أخبروا لأن التزكية لا يشترط فيها لفظة الشهادة وهذا إذا أخبروا بالحرية وأما إذا قالوا هم
عدول وظهروا عبيدًا لم يضمنوا اتفاقًا لأنهم صادقون في ذلك إذ الرق لا ينافي العدالة إذ هي
اجتناب المحظورات ولكن القاضي أخطأ حيث اكتفى بهذا القدر ولا ضمان على الشهود لأن كلامهم لم
يقع شهادة ولا يحدون للقذف لأنهم قذفوا حيًا وقد مات فلا يورث وعلى هذا التفصيل لو وجد
الشهود كفارًا أو **وأما الثاني** وهو ما إذا أمر الإمام برجمه فضرب رجل عنقه ثم ظهر الشهود عبيدًا
أو كفارًا فمعناه قتله عمدًا بعد تعديل الشهود وقضاء القاضي به والقياس أن يجب القصاص لأنه قتل
نفسًا معصومة بغير حق وهذا لأن الشهود لما ظهروا عبيدًا تبين أن القضاء لم يصح فلم يصر مباح
الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به إذ المأمور به الرجم وهذا حز فلم يوافق أمر القاضي ليصير فعله
منقولًا إليه فبقي مقصورًا عليه وفي الاستحسان تجب الدية في ماله لأن قضاء القاضي نفذ ظاهرًا
وحين قتله كان القضاء صحيحًا فأورث شبهة الإباحة ولأنه قتل شخصًا على ظن أنه مباح الدم
ثم ظهر خلافه فصار كما لو قتل مسلمًا على ظن أنه حربي وعليه علامتهم ثم ظهر أنه مسلم وإنما تجب الدية
في ماله لأنه عمد والعاقلة لا تعقل العمد وتجب في ثلاث سنين لأنها وجبت بنفس القتل بخلاف الواجب
بالصلح حيث حالًا لأنه وجب بالعقد فأشبه الثمن في البيع وفي الكافي وإن شهد أربعة على
رجل بالزنا وأمر الإمام برجمه فقتله رجل عمدًا أو خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود في
العمد والدية في الخطأ على عاقلته وكذا إذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وإن قضى برجمه
فقتله رجل عمدًا أو خطأ فلا شيء عليه معناه إذا لم توجد الشهود عبيدًا ولا كفارًا وأما إذا وجدوا
عبيدًا أو كفارًا فقد مر معناه ولو رجمه ثم أمر الإمام ثم وجد الشهود عبيدًا فالدية في بيت المال لأن
فعله بأمر القاضي فينتقل إليه بخلاف الحز لأنه مخالف له ولهذا يؤدب فيه دون الأول **قال**
وإن رجم ثم وجدوا عبيدًا فديته في بيت المال لأنه فعل بأمر الإمام فينتقل إليه وقد ذكرناه مرارًا
قال ولو قال شهود الزنا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم وقال بعضهم لا تقبل لإقرارهم على
أنفسهم بالفسق لأن النظر إلى عورة الغير عمدًا فسق وإنما تقبل شهادتهم إذا وقع اتفاقًا من غير
قصد ونحن نقول يباح النظر ضرورة تحمل الشهادة وهو مأمور به شرعًا قال الله تعالى وأقيموا
الشهادة لله وقال تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولا وجه إلى التحمل إلا بالنظر عمدًا لأنه قل

ما يتفق نظر الأربعة من غير قصد كالميل في المكحلة ولأن التعمد فيه للحاجة جائز كالطبيب والخا
والختان والقابلة والحاجة إليه ههنا ثابتة لإقامة الحسبة وتقليل الفساد في العالم وأية
حاجة أعظم منها فكانت أولى بالإباحة **قال** ولو أنكر الإحصان فشهد عليه رجل وامرأتان
أو ولدت زوجته منه رجم ومعناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشروط فإذا جاءت امرأته
بولد في مدة يتصور أن يكون منه جعل واطئًا شرعًا لأن الشارع أثبت نسب الولد منه والحكم
بثبوت نسب الولد منه حكم بالدخول بها ولهذا تعقب الرجعة وإن لم يكن له ولد منها حرة مسلمة
عاقلة وأنكر الإحصان فشهد به عليه رجل وامرأتان يقبل ويرجم خلافًا لزفر والشافعي فالشافعي
مر على أصله أن شهادة النساء لا تقبل في غير المال وتوابعه وزفر يقول إنه شرط في معنى العلة لأن الجناية
تتغلظ عند وجود الإحصان فيضاف الحكم إليه فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل فيه شهادة النساء
احتيالًا للدرء فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا لا تقبل لما
فيه من زيادة العقوبة بتكميل حد الأحرار وهذا لأنه شرط في معنى العلة لأنه محل للعقوبة والمحل
كالموجب ولأنه شرط والحكم يضاف إلى الشرط وجودًا عند وجوده كما يضاف إلى العلة وجوبًا
وضرر العقوبة لا يثبت بالوجوب وإنما يثبت بالوجود والاستيفاء فصار له حكم العلل **ولنا**
أن الإحصان ليس بعلة عقوبة ولا سبب ولا شرط لأن العلة ما يكون موجبًا وهو ليس بموجب
عقوبة وإنما أوجبها الزنا والسبب ما يكون مفضيًا وهو ليس بمفض بل هو مانع لأن الإحصان
عبارة عن الخصال الحميدة وكلها يمنع عن القبائح والشرط ما يوجد العلة بصورتها ويتوقف انعقاد
علة على وجود الشرط ويكون الوجود مضافًا إليه دون الوجوب كدخول الدار في تعليق الطلاق والعتاق
فأما الزنا قبل الإحصان لم يوجد بصورته حتى ينعقد علة لوجوب الرجم على وجود الإحصان ولا
يضاف وجود الرجم إليه فكان علامة بمعنى أنه معرف لحكمه وهو الرجم إذا وجد منه الزنا والحكم
غير مضاف إلى العلامة لا وجوبًا ولا وجودًا ولا إفضاء فعرف بذلك أنه غير مكمل للعقوبة فكانت
الشهادة بالإحصان في هذه الحالة بمنزلة الشهادة به في غير هذه الحالة فلا يشترط فيها الذكورة
بخلاف المستشهد به لأن العتق يثبت بشهادتهما وإنما لا يثبت سبق التاريخ لأنه يتضرر به المسلم أو
يتضرر به ولا شهادة للكافر على المسلم فيما يتضرر به المسلم أو يتضرر به والإحصان عبارة عن الخصال
الحميدة وليس فيها شيء يوجب عقوبة أو ضررًا وإنما لا تقبل شهادة النساء في شيء يوجب العقوبة
ويستحيل أن يكون الإحصان موجبًا للعقوبة بل هو أوصاف حميدة من الحرية والعقل والبلوغ
والتزوج والإسلام كلها تنافي العقوبة بخلاف التزكية فإنها مكملة للعلة فكانت بمنزلة علة
العلة ولا يعتبر فيها قول النساء كالشهادة على الزنا وكيفية الشهادة به أن يقول الشهود تزوج
امرأة وجامعها أو باضعها ولو قالوا دخل بها يكفي عندهما وقال محمد لا يكفي ولا يثبت بذلك
إحصانه لأن لفظة الدخول مشترك يستعمل في الوطء وفي الزفاف وفي الخلوة والزيارة فلا
يثبت به الإحصان بالشك كما لو شهدوا أنه قربها أو أتاها ولهما أن الدخول متى أضيف إلى
المرأة بحرف الباء يراد به الجماع قال الله تعالى فإن لم تكونوا دخلتم بهن المراد الجماع وقال

عليه السلام فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها اي جامعها وفي العرف اذا قيل فلان دخل
بامراته يراد به الوطء دون الخلوة واذا خلا بها يقال دخل بها وهو بمعنى الزفاف ولو خلا
بها ثم طلقها وقال وطئتها وانكرت صار محصنا دونها وكذا لو قالت بعد الطلاق كنت
نصرانية وقال كانت مسلمة واذا كان احد الزانيين محصنا حد كل واحد منهما حده وان رجع
شهود الاحصان لا يضمنون خلافا لزفر وهو مبني على ما تقدم من انه هل هو شرط محض للعلة وهو
الزنا ام لا والله اعلم

باب حد الشرب

قال رحمه الله من شرب خمرا فاخذ وريحها موجود او كان سكران ولو بنبيذ وشهد رجلان
او اقر مرة حد ان علم شربه طوعا وصحا لحديث انس ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي برجل قد
شرب الخمر فجلده بجريدتين نحوا من اربعين قال وفعله ابو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن
ابن عوف اخف الحدود ثمانون فامر به عمر رواه احمد ومسلم وابو داود والترمذي وصححه
وقال عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه الى ان قال في الرابعة فاقتلوه
رواه ابو داود وغيره قال الترمذي انما كان هذا في اول الامر ثم نسخ لانه عليه السلام اتي
برجل شرب الخمر فجلده ثم اتي به فجلده الى ان جلده اربع مرات ورفع القتل رواه ابو داود والترمذي
بمعناه وقال عليه السلام في السكران ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه
ثم ان سكر فاضربوا عنقه رواه ابو داود واحمد وغيرهما وقال الزهري اتي رسول الله صلى الله عليه
وسلم بسكران في الرابعة فخلى سبيله وشرط ان يكون شربه طائعا لان الشرب مكرها لا يوجب
الحد وشرط ان يكون صاحيا ليفيد الضرب وهو الحد فايدته والمراد بالسكر من النبيذ الانبذة
المحرمة على ما يجيء في موضعه ان شاء الله تعالى واحترز بقوله او اقر مرة من قول ابي يوسف فانه
يشترط الاقرار مرتين اعتبارا بالشهادة كما في الزنا قلنا ثبت ذلك على خلاف القياس فلا يقاس عليه
غيره قال وان اقر او شهدا بعد مضي ريحها لا لبعد المسافة او وجد منه رائحة الخمر او تقياها
او رجع عما اقر او اقر سكران وهو من زال عقله به لا اي لا يجب الحد في هذه الصور اما اذا
اقر بعد ذهاب رائحتها او شهد عليه الشاهدان بذلك فللتقادم وهو مقدر به وهو زوال
الرائحة عندهما خلافا لمحمد فانه يقدر التقادم بمضي الزمان ان كان ذلك بالشهادة كما في الزنا
وغيره من الحدود وان اقر به فيصح مطلقا فلا يبطل ولا يبطل بالتقادم اعتبارا بما ذكرنا من الحدود
وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قال الشاعر يقولون لي انكه
شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا ولهما قول ابن مسعود رضي الله عنه فيمن شرب
الخمر تلتلوه ومزمزوه ثم استنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وعن عمر رضي الله عنه انه
اتي برجل قد شرب الخمر بعدما ذهبت رائحتها واعترف به فعزره ولم يحده ولا يقال هذا استدلال
بنفي الحكم عند انتفاء الشرط وهو فاسد لانا نقول لا بل هو استدلال بعدم الاجماع لان ثبوت هذا الحد
كان باجماع الصحابة وكان اجماعهم براي عمر وابن مسعود وقد شرطا فيه الرائحة ولا اجماع عند
عدم الرائحة ومطلق قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه مخصوص بالمضطر والمكره

فجاز تخصيصه ايضا باجماعهم ولان قيام الاثر من اقوى دلالة على القرب فيقدر به بخلاف غيره من
الحدود لعدم الاثر فيها فتعذر اعتباره والتمييز ممكن لمن يعرف وانما يشتبه على الجهال وكونه
مقرا لا ينافي التاكيد باشتراط الرائحة كما لا ينافي التاكيد في الزنا باشتراط التكرار ثم الرائحة
يشترط وجودها عند التحمل حتى لو اخذوه وريحها توجد منه ثم انقطعت قبل ان ينتهوا به الى الامام
لبعد مسافة يجب الحد ومنه احترز بقوله بعد مضي ريحها لا لبعد مسافة ولو جاؤوا به سكران
يشترط فيه وجود الرائحة لما ذكرنا ذكره في النهاية واشار في الهداية الى انه لا يشترط واما اذا وجد
منه رائحة الخمر او تقياها فلانه يحتمل انه شربها مكرها او مضطرا والرائحة محتملة ايضا فلا
يجب الحد بالشك وكذا اذا وجد سكران لا يحد لاحتمال ما ذكرنا ولاحتمال انه سكر من المباح
واما اذا رجع عن الاقرار فلانه خالص حق الله تعالى فيعمل الرجوع فيه كسائر الحدود وهذا لانه
يحتمل ان يكون صادقا فصار شبهة والحدود تندرئ بها واما اذا اقر وهو سكران فلان الاقرار يحتمل
الكذب وفي اقراره زيادة الاحتمال فاورثت شبهة فلا يعتبر فيما يندرئ بالشبهات مثل الزنا
والشرب ونحوهما الا انه يقبل اقراره في السرقة في حق المال لانه من حقوق العباد ولان السكران
لا يكاد يثبت على شيء فاقيم السكر مقام الرجوع فيما يحتمل الرجوع بخلاف الاقرار بحد القذف والقصاص
وغيرهما من حقوق العباد لانه لا يحتمل الرجوع وبخلاف ما اذا زنى او سرق او شرب في حالة السكر
حيث يجب عليه الحد لان الانشاء لا يحتمل الكذب فيعتبر فعله فيما يفيد من غير قصد واعتقاد بخلاف
ارتداده حيث لا يعتبر ولا تبين منه امراته به لعدم القصد والاعتقاد وهو شرط فيه وعن
ابي يوسف ارتداده كفر ذكره في الذخيرة ولو اسلم ينبغي ان يصح كاسلام المكره وهذا اذا سكر بالمحرم
واما اذا سكر بالمباح كشرب المضطر والمكره والمتخذ من الحبوب والعسل والدواء فلا يعتبر تصرفاته
كلها لانه بمنزلة الاغماء ثم بين حد السكران بقوله بان زال عقله وهو ان لا يعرف السماء ولا الرجال
من النساء ولا يعرف شيئا وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو من يهذي ويخلط جده بهزله لانه هو السكران
في العرف الا ترى الى ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد
المفتري ثمانون سوطا وله ان الحد عقوبة فيعتبر النهاية في سببه احتيالا للدرء ونهاية السكر
ان يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز اصلا وما دونه لا يخلو عن شبهة الصحو الا ترى الى قوله تعالى
لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون عبر عن الصحو بعلم ما يقولون فكان السكر ضده وهو
عدم العلم بما يقولون وعلى قولهما اكثر المشايخ والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاتفاق
للاحتياط في الحرمات وعند الشافعي المعتبر ظهور اثر السكر في مشيه وحركاته واطرافه وهذا
مما يختلف بالاشخاص فان الصاحي ربما يتمايل في مشيه والسكران قد لا يتمايل ويمشي مستقيما
قال وحد السكر والخمر ولو شرب قطرة ثمانون سوطا وقال الشافعي اربعون لما روينا في اول
الباب من حديث انس رضي الله عنه ولما روي عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر بالجريد
والنعال وضرب ابو بكر اربعين ولنا قول علي رضي الله عنه انه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا
هذى افترى وعلى المفتري ثمانون جلدة رواه الدارقطني ومالك بمعناه وعليه اجماع الصحابة رضي الله

ينبغي ان يصح اسلام السكران كاسلام المكره

وفي فتح القدير ان اسلامه غير صحيح البحر الرائق

ومارواه كان بجريد تين والنعلين فيكون كل ضربة بضربتين فكان حجة لنا والذي يدل على هذا قول
ابي سعيد جلد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر بنعلين فلما كان في زمن عمر جعل بدل كل
نعل سوطا رواه احمد والجريدتان فيما روي عنه عليه السلام منصوص عنه عليه السلام منصوص عليهما
وفي الصحيح ان عثمان امر عليا ان يجلد الوليد ثمانين وفي رواية اربعين ويتوجه الجمع بينهما بما
رواه ابو جعفر محمد بن علي بن ابي طالب جلد الوليد بسوط له طرفان رواه الشافعي رضي الله عنه
في مسنده وكل ما ورد في هذا الباب من ضربه اربعين سوطا محمول على ذلك ولهذا جلد عمر رضي الله عنه
ثمانين بعد ما استشار الناس **قال** رحمه الله وللعبد نصفه لما روي عن ابن شهاب انه سئل عن
حد العبد في الخمر فقال بلغني ان عليه نصف حد الحر وان عمر وعثمان وعبد الله بن عمر قد جلدوا عبيدهم
نصف الحد في الخمر رواه مالك في الموطا ولان الرق منصف على ما عرف من قبل **قال** ويفرق على بدنه
كحد الزنا لان تكرار الضرب في موضع واحد قد يفضي الى التلف والحد شرع زاجرا لا متلفا ويتوقى
المواضع التي استثنيناها في حد الزنا لما ذكرناها هناك وينزع عنه الفرو والحشو لانهما يمنعان
اتصال الالم بالبدن ويجرد عن ثيابه في المشهور عن اصحابنا مبالغة في الايلام لان سببه متيقن به
كحد الزنا بخلاف حد القذف لان سببه غير متيقن به لاحتمال ان يكون القاذف صادقا فيه وعن
محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لعدم ثبوته بدليل مقطوع به بخلاف حد الزنا قلنا اظهرنا التخفيف
من حيث العدد حيث اوجبنا عليه اقل الحد وهو عددا واخف من حد الزنا وصفا فلا يخفف ثالثا
بترك التجريد والله اعلم بالصواب

باب حد القذف

وهو في اللغة عبارة عن الرمي مطلقا ومنه القذافة والقذيفة للمقلاع والتقاذف الترامي وفي الشرع
رمي مخصوص وهو الرمي بالزنا صريحا وهو القذف الموجب للحد وشرطه احصان المقذوف
وعجز القاذف عن اثباته بالبينة ولو قال لي بينة حاضرة في المصر امهله القاضي الى اخر المجلس وعن
ابي يوسف انه يؤخره الى المجلس الثاني وجه الظاهر ان السبب قد تحقق وبالتاخير يتضرر المقذوف
بالعار وفي المجلس لا يعد تاخيرا كما اخره الى ان يحضر الجلاد ولو شهدوا عليه بزنا متقادم سقط الحد
عن القاذف استحسانا والقياس ان يحد لان الزنا لم يثبت به وجه الاستحسان ان الشهادة وجدت
حقيقة وانما ردت للتهمة فيعتبر للدرء عن الزاني لا للوجوب عن القاذف كشهادة الفساق **قال**
هو كحد الشرب كمية وثبوتا اي حد القذف كحد الشرب عددا وهو ثمانون جلدة وكذا ثبوتا حتى
يثبت كل واحد منهما بشهادة رجلين ولا تقبل فيه شهادة النساء لان شهادتهن لا تقبل في الحدود وعلى ما مر
في حد الزنا **قال** فلو قذف محصنا او محصنة بزنا حد بطلبه مفرقا اي بطلب المقذوف مفرقا
على اعضاء القاذف بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى قوله فاجلدوهم ثمانين جلدة
والمراد الرمي بالزنا باجماع العلماء وفي الاية اشارة اليه حيث شرط اربعة شهداء وهو من خصائص
الزنا وان ورد في المحصنات لكن الحكم يثبت في المحصنين ايضا لان المعنى وهو دفع العار يشملهما فكان
متناولا لهم دلالة وعليه الاجماع وقد روي عن عائشة رضي الله عنها لما نزلت الاية قام رسول الله
صلى الله عليه وسلم على المنبر فذكر ذلك وتلا الاية فلما نزل امر برجلين وامراة فضربوا احدهم رواه
ابو داود والترمذي وغيرهما وكانوا قاذفين لعائشة رضي الله عنها وان لم يصرح القاذف بالزنا بل قال
جامعت فلانة حراما او فجرت بها ونحوه لا يجب عليه الحد لان الجماع الحرام قد يكون بنكاح فاسد ولا يقال
يجب الحد بقوله لغيره لست لابيك وهو ليس بصريح في الزنا لاحتمال ان يكون من غيره بالوطء بالشبهة
لانا نقول فيه نسبة الى الزنا بطريق الاقتضاء والمقتضى اذا ثبت ثبت ما هو من ضروراته فيجب الحد الثابت
اقتضاء كالثابت بالعبارة وشرط طلبه لان فيه حقه وينتفع به على الخصوص من حيث دفع العار عن نفسه
وان كان الغالب فيه حق الله تعالى وانما يفرق على بدنه لما ذكرنا في حد الشرب ولا بد من تصور الزنا من
المقذوف حتى لو قذف رتقاء او مجبوبا لا يجب عليه الحد لانهما لا يلحقهما العار بذلك لظهور كذبه بيقين
وكذا القذف الاخرس لا يوجب الحد لان طلبه يكون بالاشارة ولعله لو كان ينطق لصدقه **قال**
ولا ينزع عنه الفرو والحشو لانهما لا يمنعان وصول الالم فينزعان ولا ينزع غيرهما اظهارا للتخفيف
لان سببه غير متيقن به لاحتمال ان يكون القاذف صادقا فيه فلا يقام على الشدة ولانه ظهر التشديد عليه
من وجه اخر وهو رد شهادته فخفف عنه من هذا الوجه فلا يلزم الالحاق به بخلاف الزنا والشرب لان
سببهما متيقن به وليس فيهما شيء اخر غير الجلد فشدد عليهما بالتجريد وبزيادة وصف الشدة في الضرب **قال**
واحصانه بكونه مكلفا حرا مسلما عفيفا عن زنا واراد بالمكلف ان يكون بالغا عاقلا لان الصبي والمجنون لا
يتصور منهما الزنا اذ الزنا فعل محرم وذلك بالتكليف ولانهما لعدم عقلهما او لقصوره لا يعقلان عواقب
الامور فلا يلحقهما الشين به والعقل زاجر عن ارتكاب ما له عاقبة ذميمة وكماله بالبلوغ فلا بد منه
ولفظ الاحصان ينتظم الحرية قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر وقال
تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات اي الحرائر والكافر ليس بمحصن لقوله عليه
السلام من اشرك بالله فليس بمحصن وينتظم العفة ايضا قال تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب
اي العفائف وملك الحرائر ولان المقذوف اذا لم يكن عفيفا يكون القاذف صادقا فيه والصدق لا يوجب
الحد فعند اجتماع جميع ما ذكرنا يجب الحد فلو لزم الحد وهي خمس شرائط داخلة تحت قوله تعالى والذين
يرمون المحصنات فاذا فقد واحد منها لا يكون محصنا **قال** فلو قال لغيره لست لابيك او لست بابن
فلان في غضب حد يعني اذا كانت امه محصنة لانه قذف لامه حقيقة لانه ان كان من غير ابيه المنسوب
اليه كان من الزنا ضرورة اذ لا نكاح لغير ابيه ولا يعتبر احتمال كونه من غيره بالنكاح او بالوطء بالشبهة
لان ذلك احتمال بعيد لا يصار اليه ولو اعتبر مثله لما وجب الحد ابدا وفيه اثر ابن مسعود رضي الله عنه
قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل من ابيه وشرط ان يكون في غضب لانه في غير حالة الغضب قد يراد به
المعاتبة اي انت لا تشبه اباك في المروءة والسخاء فلا يحد مع الاحتمال وفي حالة الغضب يراد به الحقيقة
فيحد وعلى هذا لو قال انك ابن فلان لغير ابيه يحد اذا كان في حالة المشاتمة لان غرضه نفي نسبه ونسبته
الى الزنا وان كان في حالة الرضا لا يحد لان غرضه ان اخلاقه تشبه اخلاق ذلك الشخص فكانه ابنه فلا
يكون قاذفا والقياس ان لا يكون قاذفا في الاحوال كلها لما ذكرنا من الاحتمال وانما اوجبناه استحسانا
في حالة الغضب لما ذكرنا من الاثر بخلاف ما اذا نفى الولادة عن ابويه بان قال لست بابن فلان ولا فلانة
حيث لا يجب عليه الحد في الاحوال كلها لانه ليس فيه قذف امه لا لفظا ولا اقتضاء لان نفي الولادة نفي للوطء

وفيه نفي الزنا لا اثباته قال وفي غيره لا كنفيه عن جده وقوله لعربي يا نبطي ويا ابن ماء السماء
ونسبته الى عمه وخاله وزابه اي في غير الغضب لا يجب الحد لا يجب بنفيه عن جده الى اخر ما ذكر
والمراد براته من رباه وهو زوج امه فهذه الجملة كلها لا يكون قذفا لما نبين كل واحد منها على الانفراد
اما اذا قال في غير حالة الغضب لست لابيك ونحوه فلما ذكرنا واما اذا نفاه عن جده فلانه صادق
في كلامه فانه ابنه لا ابن جده واما اذا قال لعربي يا نبطي فلانه يراد به التشبه في الاخلاق وعدم
الفصاحة هكذا جرت قد قال الا ترى انه يقال للمصري انت رستاقي وانت قروي ويراد به ما ذكرنا الا الذي
وقال ابن ابي ليلى هو قذف فيحد فيه لانه نسبه الى غير ابيه والحجة عليه ما بيناه وروي عن ابن عباس انه
سيل عن رجل قال لرجل من قريش يا نبطي فقال لا حد عليه وعلى هذا الخلاف لو نسبه الى قبيلة اخرى
غير قبيلته التي ينسب اليها هو او نفاه عن قبيلته واما اذا قال لرجل يا ابن ماء السماء فلانه يراد به التشبيه
في الجودة والسماحة والصفا وكان عامر بن حارثه لقب بماء السماء لكرمه وقالوا بانه كان يقيم ماله
في القحط مقام المطر وسميت ام المنذر بن امرء القيس بماء السماء لحسنها وجمالها وقيل لاولادها بنو ماء السماء
وهم ملوك العراق واما اذا نسبه الى عمه وخاله ومربيه فلانه ينسب اليهم عادة مجازا وكذا اذا
نسبه الى جده لا يجب عليه الحد لهذا المعنى قال الله تعالى حكاية عن اسرائيل وبنيه حين حضرته الوفاة قالوا
نعبد الهك واله ابائك ابرهيم واسمعيل واسحق وابراهيم كان جده واسحاق اباه واسمعيل عمه وقال
تعالى ورفع ابويه على العرش يعني اباه وخالته وقال عليه السلام الخال اب وقال تعالى حكاية عن نوح
عليه السلام ان ابني من اهلي قيل انه كان ابن امراته ونسبه الى المربي في الكتاب دون زوج الام لتشير
الى العبرة فيه للتربية لا غير حتى لو نسبه الى من رباه وهو ليس بزوج لامه وجب الحد قال
ولو قال يا ابن الزانية وامه ميتة وطلب الوالد او الولد او ولد الولد حد لانه قذف
محصنة بعد موتها ولهولاء الذين ذكرتهم مطالبة لوقوع القدح في نسبهم بقذفها فيحد بطلبهم دفعا للعار عنهم
ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه وهم الاصول والفروع لانهم يلحقهم العار بذلك
وان علوا وسفلوا لمكان الجزئية فكان القذف متناولا لهم معنى لان العار نوع ضرر والضرر الراجع
الى الاصول والفروع كالراجع الى نفسه وكذا النفع الراجع اليهم كالراجع الى نفسه الا ترى ان ذلك منع
قبول الشهادة لهم ودفع الزكاة اليهم ومنع الوكيل من البيع لهم وغير ذلك من الاحكام وروي عن محمد انه لا تثبت
المطالبة لولد البنت لانه منسوب الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه الشين بزنا ابي امه وجوابه ما ذكرنا ان الشين
يلحقه اذ النسب ثابت من الطرفين ولهذا لو قذف امه كان له ان يخاصم ولو كان جما فاله لما خاصم وكذا
له ان يخاصم بقذف ابيها اذ المعنى يشملها ولو كان اصل المحصن او فرعه كافرا او عبدا فله ان يطالب بالحد
خلافا لزفر هو يقول القذف متناوله معنى لرجوع العار فلا يطالب بالحد كما اذا تناوله صورة ومعنى بان
قذف نفسه بل اولى لانه اخف ولنا انه من اهل الاستحقاق اذ الكفر والرق لا ينافيه وقد عيره بنسبة
محصن الى الزنا فله ان ياخذه بالحد بخلاف ما اذا قذف نفسه لانه ليس بمحصن فلا يلحقه العار على الكمال
لانه يتحقق عند شرف المنسوب الى الزنا ويثبت لولد الولد مع قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله هو يقول
ان الشين يلحقه فوقما يلحق ولد الولد فصار هو معه كالمعدوم ولنا ان عبرهذا بالكمال فانه

لا حق في الخصومة للابعد مع الاقرب ولنا ان حق الخصومة باعتبار لحوق العار وهما فيه سواء خلاف الا
ان الحق فيه باعتبار الولاية على ما قال عليه السلام الانكاح الى العصبات ولا يعتبر الارث في القذف
وهنا لك يعتبر وبخلاف المقذوف حيث لا يكون لاحد حق لان حق الخصومة له باعتبار نيل القاذف
من عرضه ولا يزاحمه احد في هذا المعنى فلا يثبت لغيره فيه حق مع وجوده خلافا لابن ابي ليلى فيما اذا كان
المقذوف غائبا هو يعتبره بموته والحجة عليه ما ذكرنا واعتباره بموته باطل لانه بالموت بطلت اهليته
ولم ترتج خصومته بخلاف ما اذا كان حيا ولا يثبت هذا الحق الا للوارث عندنا الشافعي حتى لا يكون لابنه الكافر
والعبد ولاولاد بنته المطالبة وهذا مبني على ان الغالب فيه حق العبد عنده فيورث وعندنا حق الله
تعالى وثبوت الخصومة للعبد باعتبار ما لحقه من الشين كحد السرقة فانه حق الله تعالى ولصاحب
المال الخصومة باعتبار المال قال ولا يطلب عبد اباه وسيده بقذف امه لانهما لا يعاقبان
بسببهما حتى سقط القصاص بقتلهما لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فالحد
اولى لتقدم السبق بسببه وكونه حقا لله تعالى فيحمل على انه صادق بالنسبة الى الزنا ولان ما يجب
للعبد يكون حقا للمولى فلو وجب لوجب له على نفسه وهو محال ولو كان لها ابن من غيره او اب ونحوه وليس
بمملوك له فله ان يطالبه بالحد لوجود السبب وعدم المانع لان سقوط حق بعضهم لا يوجب سقوط حق
الباقين بخلاف القصاص والفرق بينهما ان القصاص حق العبد يستحقونه بالميراث ولهذا يثبت لجميع
الورثة بقدر ارثهم فاذا اسقط حق بعضهم وهو لا يقبل التجزي سقط حق الباقين ضرورة واما حد
القذف فحق الله تعالى وانما للعبد حق الخصومة اذا لحقه به شين فثبت لكل واحد منهم على الكمال
فلسقوط حق بعضهم في الخصومة لا يسقط حق الباقين ولهذا كان للابعد منهم حق مع وجود الاقرب ۞
قال ويبطل بموت المقذوف لا بالرجوع والعفو يعني حد القذف يعني حد القذف يبطل بموت
المقذوف ولا يبطل بموت القاذف ولا يبطل بالرجوع عن الاقرار ولا بالعفو وهذا بموته في اثناء الحد
يبطل بالموت ولا يبطل بالعفو وبالنظر الى حق العبد لا يبطل بالرجوع بخلاف غيره من الحدود وانما قلنا
بان فيه الحقين لانه من حيث انه شرع لصيانة عرض العبد ولدفع العار عن المقذوف وهو الذي
ينتفع به على الخصوص صار حقا للعبد ومن حيث انه شرع زاجرا واخلاء للعالم عن الفساد صار حقا لله
تعالى ولهذا سمي حدا فلما تعارضت فيه الادلة تعارضت فيه الاحكام ايضا فمن حيث انه حق الله تعالى
لا يباح القذف بالاباحة ويستوفيه الامام دون المقذوف ولا ينقلب مالا عند سقوطه ويتنصف
بالرق ولا يحلف القاذف ولا يؤخذ منه كفيل الى ان يثبت ولا يورث ولا يصح فيه العفو ولا يجوز الاعتياض عنه
ويجري فيه التداخل ويشترط فيه احصانه ومن حيث انه حق العبد يشترط فيه الدعوى ولا يبطل بالتقادم
ويجب على المستامن ويقيمه القاضي بعلمه ويقدم استيفاؤه على سائر الحدود ولا يبطل بالرجم ولا يصح الرجوع
فيه عن الاقرار فاذا تعارض فيه الحقان كان المغلب فيه حق الله عندنا وعند الشافعي حق العبد لحاجته
وغنى الشرع اذ هو الاصل فيما اجتمع فيه الحقان ونحن رجحنا جانب المقصود والاسم فان المقصود منه
اخلاء العالم عن الفساد فكان فيه امر كلي يرجع الى حق العامة فكان الغالب فيه حق الشرع وتسميته
بالحد تنبئ عن ذلك ولهذا يشترط فيه الاحصان ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب مالا عند السقوط

فر

ولد وه

يعقل ان فيه حق الله تعالى وحق العبد وبالنظر الى حق الله تعالى صح

دم

ولا يستباح بالاباحة وما للعبد من الحق يكون داخلا فيه اذ المقصود واحد فامكن مراعاته لان العبد
يتولاه مولاه ولا كذلك العكس لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حق الشرع وانما نقدم حق العبد فيما اذا
اجتمع الحقان ولم يمكن الجمع بينهما وههنا امكن فلا حاجة اليه وعن ابي يوسف رحمه الله ان عفوه يصح
لانها الخصومة بموته فيما هو حق الله تعالى على ما بينا فلا يصح عفوه فيطالب بعده ان شاء بخلاف موته حيث
لا يطالب به احد بعده لانه يبقى فيه الحق الغالب بالمقذوف قصدا وبغيره من الاصول والفروع تبعا
فاذا بطل حقه القصدي بالموت بطل حقه الضمني ضرورة وقال صدر الاسلام ابو اليسر الصحيح ان
الغالب فيه حق العبد لانه هو المنتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل ان حد القذف حق العبد
كالقصاص واجاب عن الاحكام التي تدل على انه حق الله تعالى بجواب على وفق مذهبنا فقال في تفويض
الاقامة الى الامام لان كل احد لا يهتدي الى الاقامة وانما لا يورث لكونه مجرد حق كحق الشفعة
وشرط الخيار وكذا لا يجوز الاعتياض عنه لهذا المعنى بخلاف القصاص لانه في معنى ملك العين وانما
لا يصح عفوه لانه مولى عليه في حق الاقامة ولانه متعنت في العفو لانه في الحقيقة رضي بالعار والرضا
بالعار عار والاظهر الاول قال ولو قال زنأت في الجبل وعنى الصعود حد وقال محمد والشافعي
لا يحد لانه نوى ما يحتمله لفظه وهذا لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امراة من العرب وارقى
الى الخيرات زنأ في الجبل اي صعودا وذكر الجبل يقرره مرادا وحرف في لا ينافي الصعود كما في ليت
وكما في قوله تعالى كانما يصعد في السماء فاقل الحال ان يورث شبهة ولابي حنيفة وابي يوسف ان
ظاهر هذا اللفظ للفاحشة لا للصعود وان كان يستعمل فيهما فصار كما لو قال زنأت ولم يذكر الجبل
وهذا لان المهموز منه لا ينافي الفاحشة لان من العرب من يهمز الملين يقال دابة وشابة لالتقاء الساكنين
ومنهم من يهمز من غير التقاء الساكنين كما في المؤمن المهموز دائرة وادم ولا فرق بين ان يكون في الملين ولهذا لو
لم يعرف الصعود يجب الحد اجماعا ولو لم يكن قذفا او كان محتملا لما وجب وذكر الجبل انما يعين الصعود اذا
كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولان المسالة مفروضة في حالة الغضب والسباب ودلالة الحال
ترجح جانب الفاحشة واستعمال كلمة في بمعنى كلمة على مجاز كقوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل فلا يترك
الحقيقة لانها الاصل فلا يصار الى المجاز مع امكانها ولا يسمع دعواه ذلك كما لو قال زنيت ثم قال عنيت به
الزنا بيديه دون الفرج ولو قال زنأت على الجبل قيل يحد وقيل لا يحد لان كلمة على تستعمل في الصعود وفي المكان
فوقه يقال زيد على السطح وعليه قميص فيعتبر الظاهر والمحتمل في الحدود احتيالا للدرء قال
رحمه الله ولو قال يا زاني وعكس حدا يعني لو قال لرجل يا زاني وعكس الاخر بان قال لا بل انت حدا جميعا
لان كل واحد منهما قذف صاحبه اما الاول فظاهر وكذا الثاني لان معناه لا بل انت الزاني لان كلمة بل
للاضراب فيجعل الحكم للاول واثباته للثاني وزيدت لا معها لتاكيد معنى الاضراب فيصير قاذفا قال
ولو قال لامراته يا زانية وعكست حدت ولا لعان يعني عكست المراة بان قالت لا بل انت على نحو ما ذكرنا
فصار كل واحد منهما قاذفا لصاحبه على ما بينا فقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد فبدا بالحد
لان في البداية به فائدة وهو ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل اللعان ولا ابطال في
عكسه اصلا لان الملاعنة تحد حد القذف لان احصانها لا يبطل باللعان والمحدودة لا تلاعن لسقوط الشهادة

به فيحتال لدفع اللعان اذ هو في معنى الحد ولا يقال قد وجد ما يوجب تقدم الحد وهو قذفه لها سابقا على
قذفها له لانا نقول لا عبرة بالسبق الا ترى ان الرجلين اذا تقاذفا يحدان من غير مراعاة الترتيب بداية
من بدأ بالقذف لعدم الفائدة فهذا نظيره ونظير الاول ما اذا قال لامراته يا زانية بنت الزانية حيث
صار قاذفا لها ولامها فقذفها يوجب اللعان وقذف امها يوجب الحد فيبدأ بالحد ليبطل اللعان على ما بينا
قال ولو قالت زنيت بك بطلا اي لو قالت ذلك جوابا لقوله يا زانية وانما بطل الحد واللعان
لانه قذفها بقوله يا زانية وهي صدقته من وجه بقولها زنيت بك لانه يحتمل انها ارادت به قبل النكاح
فيكون ذلك تصديقا له منها بانها زنت فيسقط اللعان لتصديقها اياه ويجب عليها الحد لانها قذفته ولم
يصدقها هو ويحتمل انها ارادت به حال قيام النكاح اي زناي هو الذي كان معك بعد النكاح لاني ما
مكنت احدا غيرك ولا حصل مني فعل الزنا وهو المراد في مثل هذه الحالة لانه اغضبها واذاها فغضبته
وتوذيه متمسكة بقوله تعالى الزانية لا ينكحها الا زان وسماه زنا للمقابلة وان لم يكن زنا حقيقة كقوله
وجزاء سيئة سيئة مثلها وكقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فعلى هذا لا يكون
مصدقة له ولا قاذفة له فلا يجب عليها الحد ويجب اللعان بقذفه فاذا كان كل واحد منهما يجب في حال
دون حال لا يجب واحد منهما بالشك وعلى هذا لو قالت له ابتداء زنيت بك ثم قذفها هو لا يجب على واحد
منهما الحد ولا اللعان لما ذكرنا من الاحتمال وكذا لو قالت زنيت معك بدل قولها زنيت بك للاحتمال
الذي ذكرنا ويحتمل ايضا معنى اخر وهو اني زنيت بحضورك وانت تشهد فلا يكون قذفا له ولو قالت زنيت
بك قبل ان تزوجك حدت المراة دون الرجل لان كلا منهما قذف صاحبه غير انها صدقته فبطل موجب
قذفه ولم يصدقها هو فوجب موجب قذفها ولو كان ذلك كله مع امراة اجنبية حدت المراة دون
الرجل لما ذكرنا من تصديقها وعدم الاحتمال الذي ذكرناه مع الزوجة قال وان اقر بولد ثم
نفاه يلاعن لان نفي ولد امراته يوجب اللعان لما ذكرنا في باب اللعان ولم يوجد ما يبطل ذلك من تصديق
او تفريق قال وان عكس حد اي قال عكس الاول بان نفاه اولا ثم اقر بانه ولده وانما حد ولا يلاعن
لانه لما اقر بعد ما نفاه سقط اللعان ووجب الحد لاكذابه نفسه وهذا لان اللعان حد ضروري صير
اليه للتكاذب فاذا بطل التكاذب بالاكذاب صير الى الاصل وهو الحد قال والولد له فيهما
اي يثبت نسب الولد منه في الوجهين لاقراره به سابقا او لاحقا وليس من ضرورة اللعان نفي نسبه
نظيره ما مر في اللعان فيما اذا ولدت توامين فاقر باحدهما ونفى الاخر قال ولو قال ليس بابني
ولا بابنك بطلا اي بطل الحد واللعان لانه انكر الولادة اصلا فيكون انكارا للزنا بل هو انكار للوطي فلا
يجب بمثله حد ولا لعان ولهذا لو قال لاجنبي لست بابن فلان ولا فلانة وهما ابواه لا يجب عليه شي قال
ومن قذف امراة ومعها ولد لا يعرف له اب او لاعنت بولد او رجلا وطي في غير ملكه او امة مشتركة او مسلما
زنى في كفره او مكاتبا مات عن وفاء لا يحد لوجود الشبهة او لفقد شرطه من احصان المقذوف
اما اذا قذف امراة معها ولد لا يعرف له اب او امراة لاعنت بولد فلوجود امارة الزنا لان
الولد الذي ليس له اب يعرف من الزنا ظاهرا فقد تمكن في احصانها شبهة العدم لفوات العفة
ظاهرا والحد يندرئ بالشبهات ولا فرق بين ان يكون الولد حيا او ميتا لان هذه الشبهة لا تزول

بموت الولد بل بتفرد ولا يخرج بعد من ان يكون والد بموته بخلاف ما اذا لاعنت بغير ولد حيث يحد
قاذفها لعدم امارة الزنا لان اللعان قائم مقام حد القذف في جانب الزوج فكان زوجها كالعفة ولانها ل
اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا فكانت محدودة فوجب ان لا يحد قاذفها لانا نقول لعانها قائم
مقام الحد بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره الا ترى ان لعان الزوج قائم مقام حد القذف
بالنسبة اليها لا بالنسبة الى غيرها الا ترى ان شهادته تقبل اذ لو كان محدودا في حق الكل لما قبلت
ولان لعانها قائم مقام حد القذف فيكون موجبا الاحصان فيها ولو كذب نفسه بعد اللعان يحد قاذفها
لزوال التهمة بثبوت النسب منه واما اذا قذف رجلا وطئ في غير ملكه او امة مشتركة فلفوات
العفة فيكون القاذف صادقا فيه والاصل ان كل من وطئ وطأ حراما لعينه لا يحد قاذفه لان الزنا
هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره حد قاذفه لانه ليس بزنا فالوطء في غير الملك من كل
وجه كالاجنبية او من وجه كالامة المشتركة او في الملك والحرمة موبدة كامته التي حرمت عليه
بالرضاع او بالمصاهرة بشرط ان يكون ثبوتها بالاجماع او بحديث مشهور والحد عند ابي حنيفة يسقط
الاحصان حتى لا يحد قاذفه لان التحريم المؤبد ينافي ملك المتعة وان لم ينافي ملك الرقبة فصار الوطء
واقعا في غير الملك من وجه فيصير زنا وذكر الكرخي انه لا يسقط الاحصان به لان الوطء حرام مع قيام
الملك فصار كما لو كانت الحرمة موقتة والصحيح الاول لثبوت التنافي بين الحل والحرمة لان المحل لا
يتصور فيه الحل فكيف يكون فيه شبهة الحل ولا كذلك اذا كانت الحرمة موقتة لان المحل فيه قابل الحقيقة
فيكون شبهة ولا يقال اذا كانت الحرمة موبدة الخ فلم لا يجب عليه الحد بوطئها وعلى اعتبار ما قلتم هنا
ينبغي ان يجب عليه حد الزنا لوجود الزنا وانتفاء الشبهة لانا نقول وجود الملك من وجه اثر في سقوط حد
الزنا كما اثر عدمه من وجه في سقوط الاحصان حتى لا يجب على قاذفه حد فاستوى الحكمان في انتفاء الحد
وهذا لان المحل لما كان مملوكا له من وجه دون وجه فباعتبار الملك لا يجب الحد عليه بوطئها وباعتبار
عدم الملك لا يجب على قاذفه الحد ومن الحرمة لعينه جارية ابنه والمنكوحة نكاحا فاسدا والامة
المستحقة والمكره على الزنا ومنها اذا زنا بامراة ثم اشترى امها او ابنتها او تزوجها فوطئها او
زنى ابوه بامراة ثم تزوجها الابن او اشتراها فوطئها لان حرمة المصاهرة بالوطء منصوص عليه
بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم فلا يعتبر فيه الخلاف وكذا لو تزوج محارمه ودخل عليها او جمع بين
الاختين او غيرهما من المحارم او تزوج امة على حرة فوطئها كل ذلك يسقط الاحصان لثبوت حرمتهن
بالاجماع او بالنص وان كانت الحرمة غير موبدة كامته المزوجة والمجوسية لا يسقط احصانه
بوطئها وكذا اذا اشترى امة شراء فاسدا او كانت في ملكه امتان اختان فوطئهما او احداهما او وطئ
مكاتبته او الحائض او امراته التي ظاهر منها او المحرمة كل ذلك لا يسقط به الاحصان لان ملك
المتعة ثابت فيهن والحرمة عارض على شرف الزوال ولو نظر الى فرج امراة او لمسها بشهوة ثم
تزوج امها او بنتها او اشتراها فوطئها لا يسقط احصانه عند ابي حنيفة وعندهما يسقط لثبوت
الحرمة به على التابيد فصار كما لو ثبتت المصاهرة بالوطء وله ان هذه الحرمة ثبتت بدليل محتمل
وهو خبر الواحد او نوع اجتهاد من حيث اقامة السبب مقام المسبب احتياطا فلا يسقط به

الاحصان الثابت بيقين بخلاف ما اذا ثبتت المصاهرة بالوطء على ما بينا واما اذا قذف مسلما زنى
في حال كفره فلانه صادق فيه وهذا لان الزنا يتحقق من الكافر حربيا كان او ذميا في دار الاسلام
او في دار الحرب فيسقط به احصانه واما اذا قذف مكاتبا مات وترك وفاء فلتمكن الشبهة في
حريته لان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في موته حرا او عبدا فاورث شبهة والاحصان لم يكن ثابتا
فلا يثبت بالشك قال وحد واطئ امة مجوسية وحائض ومكاتبة ومسلم نكح امه في كفره
لما ذكرنا ان ملكه في هذه الاشياء ثابت وفي من تزوج امه او غيرها من المحارم في حالة الكفر خلافا لابي
ومحمد فانه عندهما لا يحد قاذفه وهو مبني على ان نكاحهم عنده صحيح وعندهما فاسد وقد ذكرناه في
نكاح المجوس محارمهم وفي المكاتبة خلافا لابي يوسف هو يقول وطؤها حرام على المولى وانما سقط عنه
الحد للشبهة لان الحرمة ثابتة لخروج المنفعة عن ملكه حتى لزمه العقر بوطئها قلنا ملكه فيها
ثابت لخروج المنفعة عن ملكه حتى لزمه العقر بوطئها من كل وجه ولهذا جاز عتقها عن كفارة اليمين
ووجوب العقر لا ينافي الحل فكيف ينافي الشبهة قال ومستأمن قذف مسلما اي يحد مستأمن
قذف مسلما وكان ابو حنيفة اولا يقول لا يحد لان المغلب فيه حق الله تعالى فصار كسائر الحدود ثم
رجع الى ما ذكر هنا ووجهه ان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه التزم ان لا يؤذي
وموجبه اذا اذاه ان لا يؤذى قال ومن قذف او زنا او شرب مرارا فحد فهو لكله
لان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى اخلاء العالم عن الفساد والانزجار عن مباشرة سببه في
المستقبل وهو يحصل بحد واحد او يحتمل حصوله فخلا الثاني عن المقصود او يحتمله فيتمكن فيه شبهة
فوات المقصود فلا يشرع اذ الحدود تندرئ بالشبهات بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب حيث يحد لكل
واحد منها لعدم حصول المقصود بالبعض اذ الاغراض مختلفة فان المقصود من حد الزنا صيانة
الانساب ومن حد القذف صيانة الاعراض ومن حد الشرب صيانة العقول فلا يحصل بكل جنس الا ما
قصد بشرعه وعلى هذا لو جلد للقذف الا سوطا ثم قذف اخر في المجلس فانه يتم الحد الاول ولا شيء عليه للثاني
للتداخل ولو ضرب للزنا او للشرب بعض الحد فهرب ثم زنى او شرب ثانيا يحد حدا مستانفا ولو كان
ذلك في القذف ينظر فان حضر الاول الى القاضي يتم الاول ولا شيء للثاني وان حضر الثاني وحده
يحد حدا مستانفا للثاني ويبطل الاول ولو قذف عبدا فاعتق ثم قذف اخر فاخذه الاخر فضرب
اربعين ثم اخذه الثاني يتم له ثمانين وقال الشافعي ان حد القذف لا يتداخل الا اذا قذف جماعة بكلمة
واحدة او واحدا بزنا واحد وهذا مبني على ان المغلب فيه عنده حق العبد ولا تداخل في حقوق العباد
وعندنا المغلب فيه حق الله تعالى فيتداخل وحكي عن ابن ابي ليلى كان قاضيا بالكوفة فسمع يوما رجلا يقول
عند باب مسجده لرجل يا ابن الزانيين فامر باخذه فادخل المسجد فضربه حدين قائما بين يديه لقذفه
الوالدين فاخبر ابو حنيفة بذلك فقال يا للعجب من قاضي بلدنا قد اخطأ في مسألة واحدة من خمسة
اوجه حده من غير خصومة المقذوف وضربه حدين ولا يجب عليه الا حد واحد ولو قذف الفا ووالى
بين الحدين والواجب عليه ان يفصل بينهما بيوم او اكثر وحده في المسجد وقد قال عليه السلام جنبوا صبيانكم
مساجدكم ومجانينكم وسل سيوفكم واقامة حدودكم والخامس ينبغي ان يكشف انه يعد ومن حدين او ضربين

لتكون الخصومة اليهما او الى ولدهما وان اجتمعت على واحد اجناس مختلفة بان قذف وزنى وشرب
وسرق يقام عليه الكل ولا يوالى بينها خيفة الهلاك بل ينتظر حتى يبرا من الاول فيبدا بحد القذف اولا
لان فيه حق العبد ثم الامام بالخيار ان شا بدا بحد الزنا وان شا بالقطع لاستوائهما في القوة اذ هما ثابتان
بالكتاب ويوخر حد الشرب لانه اضعف منهما ولو كان معه جراحة توجب القصاص بدي بالقصاص
لانه حق العبد ثم بحد القذف ثم الاقوى فالاقوى على ما ذكرنا **فصل في التعزير**
لما ذكر الحدود وهي الزواجر المقدرة شرع في الزواجر غير المقدرة اذ هو محتاج اليه لدفع الفساد
كالحدود وهو تاديب دون الحد واصله من العزر بمعنى الرد والردع وهو مشروع بالكتاب والسنة
واجماع الامة قال الله تعالى واضربوهن الاية وقال عليه السلام لا ترفع عصاك عن اهلك وروي انه
عليه السلام عزر رجلا قال لغيره يا مخنث وحبس رجلا بالتهمة واجمعت الامة على وجوبه في كبيرة لا توجب
الحد او جناية لا توجب الحد ثم هو قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام
العنيف او بالضرب وقد يكون بنظر القاضي اليه بوجه عبوس وليس فيه شي مقدر وانما هو مفوض
الى راي الامام على مقتضى جناياتهم فان العقوبة تختلف باختلاف الجناية فينبغي ان يبلغ غاية التعزير في الكبيرة
كما اذا اصاب من الاجنبية كل محرم سوى الجماع او جمع السارق المتاع في الدار ولم يخرجه وكذا ينظر
في احوال المجرم فان من الناس من ينزجر باليسير ومنهم من لا ينزجر الا بالكثير وذكر في النهاية على مراتب تعزير
اشراف الاشراف وهم العلما والعلوية بالاعلام وهو ان يقول له القاضي بلغني انك تفعل كذا وتعزير
الاشراف وهم الامرا والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الاوساط
وهم السوقة بالاعلام والجر والحبس وتعزير الاخسة بهذا كله والضرب وعن ابي يوسف ان التعزير
باخذ الاموال جائز للامام وسئل الهندواني عن رجل وجد رجلا مع امراة احل له قتله قال ان كان يعلم
انه ينزجر بالصياح والضرب بما دون السلاح لا وان علم انه لا ينزجر الا بالقتل حل له القتل وان طاوعته
المراة حل له قتلها ايضا وفي المنية راى رجلا مع امراة يزني بها او مع محرمه وهما مطاوعتان قتل الرجل
والمراة جميعا قال رحمه الله ومن قذف مملوكا او كافرا بالزنا او مسلما بيا فاسق يا كافر يا خبيث
يا لص يا فاجر يا منافق يا لوطي يا من يلعب بالصبيان يا اكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن
يا ابن القحبة يا زنديق يا قرطبان يا ماوى الزواني او اللصوص يا حرام زاده عزر لما روينا ولانه
اذاه بالحاق الشين به ولا مدخل للقياس في باب الحدود فوجب التعزير وفسر القرطبان هو الذي
يرى مع امراته او محرمه رجلا فيدعه خاليا بها وقيل هو السبب للجمع بين اثنين لمعنى غير ممدوح وقيل هو الذي
يبعث امراته مع غلام بالغ او مع مزارعه الى الضيعة او ياذن لهما بالدخول عليها في غيبته وعلى هذا
يعزر من قال يا سارق وهو ليس كذلك او يا ابن الفاسق او يا ابن الكافر او النصراني او قال
لامراته يا قحبة وهي لا تحوزها ذلك الفعل قال لا بيا كلب يا تيس يا حمار يا خنزير يا بقر
يا حية يا حجام يا بغا يا مواجر يا ولد الحرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا كشخان
يا ابله يا موسوس لا اي لا يعزر بهذه الالفاظ لان من عادتهم اطلاق الحمار ونحوه بمعنى البلادة
او الحرص او نحو ذلك ولا يريدون به الشتيمة الا ترى انهم يسمون به ويقولون عياض بن حمار

وسفيان الثوري وابو ثور واحمد ولان المقذوف لا يلحقه شين بهذا الكلام وانما يلحق القاذف وكل
احد يعلم انه ادمي وليس بكلب ولا حمار وان القاذف كاذب في ذلك وحكى الهندواني انه يعزر في زماننا
في مثل قوله يا كلب يا خنزير لانه يراد به الشتم في عرفنا وقال شمس الائمة السرخسي الاصح عندي انه
لا يعزر وقيل ان كان المنسوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يعد شينا في حقه وتلحقه
الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا احسن ما قيل فيه ومن الالفاظ التي لا توجب التعزير
قوله يا رستاقي ويا ابن الاسود ويا ابن الحجام وهو ليس كذلك قال واكثر التعزير تسعة وثلثون
سوطا وفي رواية عن ابي يوسف يبلغ بالتعزير خمسة وسبعون سوطا وفي رواية عنه تسعة وسبعون
وفي رواية عنه انه يقرب كل جنس الى جنسه فيقرب المس والقبلة من حد الزنا والقذف لغير المحصن
او للمحصن بغير الزنا من حد القذف صرفا لكل نوع الى نوعه وعنه انه يعتبر على قدر عظم الجرم وصغره
وقول محمد فيه مضطرب فانه ذكر في بعض النسخ مع ابي حنيفة وفي بعضها مع ابي يوسف والاصل فيه
قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين فتعزير يبلغه حدا بالاجماع غير ان ابا حنيفة
اعتبر ادنى الحدود وهو حد العبد لان مطلق ما روينا يتناوله واقله اربعون وابو يوسف اعتبر حد
الاحرار لانهم هم الاصول واقله ثمانون فنقص عنه سوطا وفي رواية انه خمسة روي ذلك عن علي انه
فعله فقلده واعتبر نفس الجرم لان العقوبة تختلف باختلاف الجرم كالحد فيقرب الجرم الكبير من اكثر
الحد وهو مائة والصغير من الاقل وهو ثمانون سوطا قال واقله ثلث اي اقل التعزير ثلث جلدات
وهكذا ذكره القدوري فكانه يرى ان ما دونها لا يقع به الزجر وليس كذلك بل يختلف باختلاف
الاشخاص فلا معنى لتقديره مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوضا الى راي القاضي يقيمه بقدر
ما يرى المصلحة فيه على ما بينا تفاصيله وعليه مشايخنا رحمهم الله قال وصح حبسه بعد الضرب
اي جاز للامام ان يحبسه بعد ما ضربه للتعزير لانه يحترز عن الزيادة من جنس الحد لما روينا وقد
لا يحصل الغرض بذلك القدر من الضرب فجاز له ان يضم الحبس اليه اذا راى فيه مصلحة وهذا لانه يصلح
تعزيرا ابتدا حتى جاز الاكتفاء به ولهذا لا يحبس بالتهمة في التعزير لكونه اقصى عقوبة فيه فيلزم التسوية
بينها وبين المحقق فاذا صلح تعزيرا ابتدا وهو مشروع على ما رويناه من قبل جاز المصير اليه عند تعذر
الضرب كما تجوز زيادة الضربات فيه لا نعدم اليه قال واشد الضرب التعزير لانه جرى
فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يودي الى فوات المقصود وهو الانزجار
ويتقي المواضع التي تتقى في الحدود وروي عن ابي يوسف انه يضرب فيه الظهر والالية فقط ثم ذكر في
حدود الاصل يفرق الضرب على الاعضا وفي اشربة الاصل يضرب التعزير في موضع واحد وليس في
المسلة اختلاف روايتين وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع الاول اذا بلغ بالتعزير
اقصاه وموضوع الثاني اذا لم يبلغ قال ثم حد الزنا لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثابت بقول
الصحابة ولان جنايته اعظم لان حرمته لا تنكشف بحال وحرمة الخمر تنكشف بالضرورة والزنا
يودي الى قتل النفس بان يخلق منه ولد ليس له اب يربيه فيهلك ولهذا شرع فيه الرجم بخلاف شرب
الخمر فاذا كانت جنايته اعظم كانت عقوبته اشد قال ثم الشرب ثم القذف اي ثم حد الشرب ثم حد

القذف لان جناية الشرب مقطوع بها بمشاهدة الشرب والاحضار الى الحاكم مع الرائحة وجناية
القذف غير مقطوع بها لاحتمال ان يكون القاذف صادقا فيه وعجزه عن اقامة البينة لا يدل على
عفة المقذوف فلم يتيقن كذبه ولان حد القذف جرى فيه تغليظ من حيث رد الشهادة على ما نبين
فيخفف الضرب لا يؤدي الى فوات المقصود ولان الشارب قل ما يخلو عن القذف فيكون جامعا بين
الجنايتين واليه اشار علي رضي الله عنه بقوله واذا هذى افترى فيغلظ عليه الحد **قال** ومن حد
او عزر فمات فدمه هدر بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لترك الزينة او الاجابة اذا دعاها الى
فراشه وترك الصلاة والغسل والخروج من البيت وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية في بيت المال
اذا حد وان عزر الشارب فان هلك كان خطأ من الامام وضمان خطائه فيما يقيمه من الاحكام في بيت
المال لان نفع عمله يعود الى المسلمين فيكون الغرم في مالهم وهذا لانه لا يجوز له الاتلاف فيكون فعله مقيدا
بشرط السلامة كالمرور في الطريق ورمي الغرض ونحوه **ولنا** ان الحد والتعزير يجب عليه اقامته اذ
هو مامور به والواجب لا يجامع الضمان كالفصاد والبزاغ اذا لم يتجاوز المعتاد وكما لو ترك الفصاد
بالمسلمين بخلاف المرور في الطريق وضرب الرجل امراته ونحو ذلك لانه مباح فيتقيد بشرط السلامة
ولان فعله بامر الشرع فيكون منسوبا الى الآمر فكانه اماته حتف انفه فلا يضمن وقوله بخلاف الزوج
اذا عزر زوجته الى اخره يشير الى انه يجوز له ان يضربها لهذه الاشياء والا فالضمان واجب عند التلف
وان ضربها لغير هذه الاشياء وذكر في المحيط وفي شرح المختار انه يجوز له ان يضربها على ترك الزينة
وعد منها ما ذكرنا هنا ولم يذكرا فيه ترك الصلاة وعللا لجواز الضرب بانه يجب عليها طاعته وطاعة
الله تعالى فتعزر على المخالفة وذكر في النهاية انه انما يضربها لمنفعة تعود اليه لا لمنفعة تعود الى
المراة الا ترى انه ليس له ان يضربها على ترك الصلاة وله ان يضرب ولده على ترك الصلاة واورد في
النهاية على ما ذكرنا ما اذا جامع امراته فماتت من الجماع او افضاها حيث لا يجب عليه شيء عند ابي حنيفة
ومحمد وان كان الجماع مباحا ولم يتقيد بشرط السلامة ثم اجاب بان قال انما لا يجب هناك الضمان
لان ضمان المهر قد وجب في ابتداء ذلك الفعل فلو وجبت الدية بموتها كان فيه ايجاب ضمانين بمقابلة
مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لا يجوز وعزاه للمحيط وروي عن ابي يوسف ان القاضي اذا لم
يزد في التعزير على مائة لا يجب عليه الضمان اذا كان يرى ذلك لانه ورد ان عمر عزر بمائة فان
زاد على مائة فمات يجب نصف الدية على بيت المال لان ما زاد على المائة غير ماذون فيه فحصل الهلاك بفعل
ماذون فيه وبفعل غير ماذون فيه فيتنصف ويثبت التعزير بشهادة رجلين او رجل وامراتين لانه من
جنس حقوق العباد ولهذا يقبل فيه الشهادة على الشهادة ويصح العفو عنه ويشرع في حق الصبيان والكفار

كتاب السرقة

قال رحمه الله هي اخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم
مضروبة محرزة بمكان او حافظ ويعتبر ان يكون جيدة وانتفاء الشبهة ولا يشترط ان يكون ملك رجل
واحد بعد ان كانت سرقة واحدة حتى لو سرق عشرة لجماعة قطع بها ولا فرق في ذلك بين ان يكون مشتركا
بينهم فياخذها جملة وبين ان يكون لكل واحد في كيس فياخذ من كل كيس درهما قبل ان يخرج من الدار فيخرج
بها جملة لان السرقة تتم بالاخراج من الدار فيعتبر الاتحاد عنده هذا في الشريعة وفي اللغة اخذ الشيء
من الغير على وجه الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع لانه يسمع كلام المتكلم على غرة منه وقد زيد عليه
اوصاف في الشريعة على ما بينا والمعنى اللغوي وهو الاستسرار مراعى فيها ابتداء وانتهاء اذا كانت
بالنهار او ابتداء لا غير اذا كانت بالليل كما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة
جهرا لانه وقت لا يلحقه الغوث فيه فلو لم تكتف بالخفية فيه ابتداء لامتنع القطع في اكثر السراق لاسيما
في ديار مصر بخلاف ما اذا كانت في النهار لانه وقت يلحقه الغوث فيه وهي نوعان سرقة صغرى وكبرى
فالصغرى يسارق فيها عين المالك او ما يقوم مقامه في الحفظ وشرطها ان يكون خفية على زعم
السارق حتى لو دخل دار انسان فسرق واخرجه من الدار وصاحب الدار يعلم ذلك والسارق لا
يعلم انه يعلم قطع ولو كان السارق يعلم ان صاحب الدار يعلم ذلك لا يقطع لانه جهر والكبرى يسارق فيها
عين الامام ومن يقوم مقامه في الافاق لانه هو المتصدي لحفظ الطرق **وقوله** مضروبة اشارة
الى انه اذا سرق فضة غير مضروبة وزنها عشرة دراهم او اكثر وقيمتها اقل من عشرة مضروبة لا
يقطع بخلاف المهر حيث يصح جعلها مهرا والفرق بينهما ان الحدود تندرئ بالشبهات فيتعلق بالكامل
والمهر يثبت مع الشبهة فيصح كيفما كان وعلى هذا اواني الفضة او الزيوف اذا سرقها ووزنها
عشرة وقيمتها اقل او قيمتها عشرة ووزنها اقل لا يقطع وقيل المضروبة وغير المضروبة فيه
سواء والاول اصح ويثبت القيمة بقول رجلين عدلين لهما معرفة بالقيم لانه من باب الحدود فلا
يثبت الا بما يثبت به السرقة والمعتبر فيه وزن سبعة كما في الزكاة وقد بيناه هناك وقال الشافعي
نصابه مقدر بربع دينار وقال مالك ثلاثة دراهم لما روي انه عليه السلام قطع في مجن ثمنه ثلاثة
دراهم رواه الجماعة وفي لفظ قيمته ثلاثة دراهم غير ان الشافعي قال كانت قيمة الدينار على عهد النبي
صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها والربع هو المعتبر الا ترى الى قول عائشة رضي
الله عنها فيما رواه الجماعة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقطع يد السارق في ربع دينار فصاعدا ولنا
قال ابن عباس وابن عمر كانت قيمة المجن الذي قطع فيه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم
وقال عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم ولما اختلفوا في قيمة المجن مع اتفاقهم ان النصاب
مقدر به مال مالك الى الاقل للتيقن به ومال اصحابنا الى الاكثر للتيقن به لان احدا لم يقل ان العشرة
لم يقطع بها وما دونه مختلف فيه فلا يجب بالشك اذ الحدود تندرئ بالشبهات ويؤيده ما رويناه من
المرفوع وقالت الظاهرية يقطع يد السارق بمطلق السرقة وليس له نصاب مقدر لاطلاق الكتاب
قلنا هو مقيد بالمال المقدر بالنصاب لما رويناه وحكيناه من الاجماع وما روي انه عليه السلام قال
لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده المراد به بيض الحديد والحبل النفيس
الا ترى الى قول الاعمش وهو الراوي لهذا الحديث كانوا يرون انه بيض الحديد وان من الحبال ما يساوي
عشرة دراهم **قال** ويقطع ان اقر مرة وقال ابو يوسف لا يقطع الا اذا اقر مرتين في مجلسين
مختلفين لانه حد فيعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهود واصله الاقرار بالزنا ولهما ان الاقرار مرة
مظهر فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف والاعتبار بالشهادة باطل لان الزيادة فيها تفيد
تقليل تهمة الكذب ولا تهمة في الاقرار فلا يفيد شيئا ولا يقال يحتمل ان يرجع فيؤخذ بالاقرار الذي

على الثبوت لانا نقول باب الرجوع فيه لا ينسد بالتقادم والرجوع عنه في حق المال لا يصح لان صاحب
الحق يكذبه وفي الزنا ورد على خلاف القياس فاقتصر عليه وذكر بشر رجوع ابي يوسف الى قولهما **قال**
او شهد رجلان لانه من الحدود فلا يقبل فيه الا شهادة الرجال ويجب ان يسالهم الامام عن ماهية
السرقة وكيفيتها ومكانها ويسال الشهود عن زمانها لزيادة الاحتياط لانه يلتبس على كثير من الناس
فانها تطلق على اشياء على الاستماع خفية وعلى نقص الصلاة على ما قال عليه السلام اسوأ الناس سرقة
من يسرق من صلاته وكذا يختلف باختلاف الاحوال فان من يدخل بيته من النقب او من الطاقة ويأخذ
شيئا او في دار الحرب او بيت اذن له في دخوله او كان المال في يده او لم يخرجه من حرز لا يقطع وكذا بالتقادم
تسقط الحد دون المال اذا كانت بينة وكذا ينبغي ان يسال عن المسروق منه هل هو اجنبي او قريب من
السارق او زوج لانه يحتمل جميع ذلك فلا بد من ازاحة هذه الشبهة لانه مبني على الدرء ما استطيع
ويحبسه الى ان يسال للتهمة بخلاف التعزير على ما بينا **قال** ولو جمعا والاخذ بعضهم قطعوا ان اصاب
كلا نصاب اي لو سرق جماعة وتولى الاخذ بعضهم قطعوا اذا اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم لان
المعتاد بين السراق ان يتولى بعضهم الاخذ ويستعد الباقون للدفع فلو امتنع الحد بمثله لامتنع
القطع في اكثر السراق فيؤدي الى فتح باب الفساد فيجري عليهم الحد جميعا استحسانا سدا لبابه سواء خرج
معه من الحرز او بعده في فور او خرج هو بعدهم في فورهم لان ذلك يحصل التعاون وفيه خلاف زفر
رحمه الله هو يقول ان الاخراج من الحرز يتحقق من الحامل وحده فيقتصر عليه وجوابه ما بيناه ولو كان
فيهم صغير او مجنون سقط الحد عن الباقين وقال ابو يوسف ان تولى الاخذ الصغير او المجنون لا يجب
عليهم القطع وان اخذه الكبار العقلاء وجب لان الاخذ هو الاصل والردء تبع فسقوط الحد عن الاصل يوجب
سقوطه عن التبع بخلاف العكس قلنا الحامل لا يتمكن من الخروج الا بقوة الردء فصاروا كانما شريكين معنى على
ما يجي تمامه في السرقة الكبرى وشرطنا ان يصيب كل واحد منهم نصاب اذ لا قطع فيما دون النصاب
وقال مالك يقطعون بنصاب واحد لان هذا القدر من المال موجب للقطع فاذا اشتركوا اجري على
جميعهم بخلاف السرقة **قال** ولا يقطع بخشب وحشيش وقصب وسمك وطير وصيد وزرنيخ
ومغرة ونورة والاصل فيه انه لا يقطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام لقول عائشة رضي الله
عنها كانت الايدي لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه اي الحقير وما يوجد في
دار الاسلام مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير والطباع لا تضن به ولهذا لا يحرز الا اخذ
عادة فلا حاجة الى شرع الزواجر ولهذا لا يقطع بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص
ولهذا يلقى بعضها في الابواب بل في الشوارع كالخشب ونحوه وبعضها يغفلت فيه ويضيع فيقص الرغبات
فيه كما تقصر العقل وبمثله لا يشرع الزواجر لان الشركة العامة كانت في هذه الاشياء قبل الاحراز
تورث الشبهة ما دامت باقية على تلك الصفة والحدود تدرأ بها ويدخل في الطير جميع انواعه حتى
البط والدجاج وفي السمك الطري والمالح وقال الشافعي يقطع في كل شيء الا التراب والطين والسرقين
وهو رواية عن ابي يوسف لانه سرق مالا متقوما من حرز لا شبهة فيه فيوجب قطعه فيه ولو كان
يوجد في دار الاسلام مباحا الا انه نادر له كالفيروزج والذهب والفضة **ولنا** قوله عليه السلام

الناس شركاء في ثلاثة الكلأ والماء والنار اثبت فيه شركة عامة فاذا انتفت الشركة بالاحراز حقيقة
يورث شبهة وهي دارئة للحد كمال بيت المال والمغنم وهذا قوله عليه السلام الصيد لمن اخذه يورث
شبهة فاذا ثبتت الشبهة في هذه الاشياء وهي توجد مباحة في دار الاسلام فكذا في امثالها واما الذهب
والفضة واللؤلؤ والجوهر فقد روى هشام عن محمد انه اذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة
لا يقطع وهو المختلط بالحجر والتراب وفي ظاهر المذهب يقطع لانها ليست تافهة جنسا فان كل من يملك
من اخذه لا يتركه فهذه علامته ولا يقطع في الرخام ولا في القدور من الحجارة ولا في الملح **قال** ولا فاكهة
رطبة او على شجر ولبن ولحم وزرع لم يحصد واشربة وطنبور والاصل فيه ان سرقة ما يتسارع اليه الفساد
او المعازف او السرقة من غير حرز لا توجب القطع لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر رواه ابو داود
وغيره والكثر الجمار وهو شيء ابيض لين يخرج من راس النخل ومن قال الكثر الحطب او صغار النخل فقد
اخطأ ذكره المطرزي وذكر الجوهري ان الجمار شحم النخل والمراد بالثمر ما يتسارع اليه الفساد وهو الرطب
وسئل عليه السلام عن الثمر المعلق فقال من اصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه
ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة ومن سرق شيئا بعد ان يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه
القطع رواه النسائي وابو داود والجرين الموضع الذي يحصر فيه العنب او الثمر ولان الفاكهة على الشجر
والزرع الذي لم يحصد لم يوجد فيه الاحراز والقطع بدونه غير مشروع ويدخل في اللحم القديد منه
لانه يتوهم فيه الفساد وفي الفواكه الرطبة العنب وكذا الرطب في الجنار ولانه يخاف فيه الفساد من
وجه بخلاف الزبيب والتمر وقال الشافعي يقطع في الفواكه الرطبة وبما يتسارع اليه الفساد من
الاطعمة والاشربة لما روينا قلنا اخرجه على وفاق العادة لان ما يؤويه الجرين هو اليابس من الثمار
عادة ونحن نقول به اذا سرقه في غير ايام الغلاء وفي القحط لا يقطع في الطعام للضرورة ذكره في المبسوط
وفي المغني لم يفصل بين الطعام وغيره وفي الخل يقطع اجماعا لانه لا يتسارع اليه الفساد وهو مال
بالاجماع وكذا في العسل بخلاف الاشربة المطربة وغيرها لان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف
بين العلماء فاورث شبهة وفي المعازف يتناول لكسرها وهو جائز عند بعضهم لكونه امرا بالمعروف
ونهيا عن المنكر **قال** ومصحف ولو محلى وقال الشافعي رحمه الله يقطع وهو رواية عن ابي يوسف
لانه مال متقوم محرز حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف انه يقطع اذا بلغت حليته نصابا لانها ليست من
المصحف فيعتبر بانفرادها **ولنا** انه ليس بمحرز للتمول وآخذه يتناول القراءة فيه وهذا لان المقصود
في المصحف القرآن لا الحلية والجلد والورق وهو لا يوصف بالمالية ووجوب القطع باعتبارها فصار
ذلك شبهة وهذه الاشياء اتباع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر او ثريد او غيره مما لا يجب
فيه القطع وقيمة الاواني تبلغ نصابا فانه لا يقطع فيها لانها تبع فاذا لم يعتبر الاصل فاولى ان لا يعتبر
التبع وهي على الخلاف فلا يصح الالزام وعلى هذا الخلاف لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة وفيه فضة
او ذهب مضروب يزيد على النصاب لان المقصود هو الثوب فان هو المطلوب له بخلاف ما اذا
سرق منديلا فيه دراهم حيث يقطع اجماعا لان المنديل يصر فيه عادة فكان ما فيه معتادا اذ
هو المقصود بالاخذ وفرقوا في مسألة الثوب بين ان يكون عالما بما صر فيه وبين ان لا يكون عالما به

فاوجبوا القطع في العالم به دون غيره ولم يفرقوا في مسئلة الاواني ولو شرب الخمر في الدار او اراقه ثم اخرج الآنية يقطع اجماعا قال وباب مسجد لعدم الاحراز كباب الدار بل اولى لانه حرز باب الدار بما فيها بخلاف المسجد قال وصليب ذهب وشطرنج ونرد لان من اخذها يتاول الكسر فيه نهي عن المعازف بخلاف الدراهم التي عليها التمثال لانه ما اعد للعبادة بل للتمول فلا يثبت فيها تاويل الكسر وعن ابي يوسف اذا كان الصليب في مصلاهم لا يقطع وان كان في حرز يقطع لعدم الحرز في الاول ووجوده في الثاني قال وصبي حر ولو معه حلي لان الحر ليس بمال وما عليه تبع له فلا يعتبر ولانه يتاول اسكاته وقال ابو يوسف يقطع اذا كان عليه حلي يساوي النصاب وفي هذا الوجه من الخلاف في المصحف المحلى والاواني والخلاف في غير المميز وفي المميز لا يقطع اجماعا وان كان عليه حلي لانه خداع وليس بسرقة لما ان له يدا على نفسه وعلى ما في يده قال وعبد كبير ودفاتر بخلاف الصغير ودفتر الحساب لان سرقة العبد الكبير غصب وخداع والصغير ليس له يد معتبرة على نفسه وهو مال فيتحقق فيه السرقة والمراد بالصغير غير المميز وان كان مميزا فهو كالكبير لما بينا في الحر واستحسن ابو يوسف في غير المميز ايضا انه لا يقطع لانه ادمي وان كان مالا من وجه وهما اعتبرا جهة المالية فيه لوجود حد المالية فيه ولو كانت قيمته اقل من النصاب وفي اذنه شيء مثله يقطع باعتبار الضم وفي الدفاتر المقصود ما فيها وهو ليس بمال ولا يقصد في دفاتر الحساب ما فيها اذ لا انتفاع فيه لغير صاحبه فكان المقصود هو الكاغد وفي دفاتر الادب روايتان في رواية ملحقة بالحساب لانه غير محتاج اليه اذ ليس فيه احكام وفي رواية ملحقة بالاحاديث والتفسير والفقه فلا يقطع فيها اذ الحاجة اليها لمعرفة التفسير والاحكام ثابتة لان معرفتها تتوقف عليها ولان نفعها متعد وهي معدة لوقت الحاجة ولا تقصد بها التمول فصارت كغيرها من الدفاتر قال وكلب وفهد لان جنسهما يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان اختلاف العلماء في مالية الكلب يورث شبهة ولو كان على الكلب طوق ذهبا وفضة لا يقطع علم به اولم يعلم لانه تبع له كالصبي الحر اذا كان عليه حلي قال ودف وطبل وبربط ومزمار لانه لا قيمة لها عندهما ولهذا لا يضمن متلفها ويجب كسرها وعند ابي حنيفة وان كان يجب الضمان على المتلف باعتبار صلاحيتها لغير اللهو لكن باعتبار مقصودها وهو اللهو ورث شبهة لان الاخذ يتاول النهي عن المنكر فيكفي ذلك لدرء الحد هذا اذا كان للهو وان كان الدف او الطبل للغزاة اختلف المشايخ فيه قيل يقطع فيه لانه مباح لارهاب العدو به وقيل لا يقطع لانه يصلح لغيره من اللهو فاورث شبهة قال وخيانة ونهب واختلاس لما روي عن جابر انه عليه السلام قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع رواه احمد وابو داود وغيرهما وصححه الترمذي ولان الحرز والاخفية شرط القطع وعدما في الاول ولم يوجدا ثانيا في الاخرين فانتفى ركن السرقة وشرطها فلم يقطع وما روي انه عليه السلام قطع مخزومية كانت تستعير المتاع وتجحده محمول على انه منسوخ بما رويناه وعلى انه سياسة لتكرار الفعل منها قال ونبش اي لا قطع بسبب نبش وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما وقال الشافعي يقطع به وهو قول ابي يوسف لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه سرق مالا متقوما بلغ نصابا من حرز مثله فوجب القطع به اعتبارا بسائر انواع الحرز ولنا قوله عليه

السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة اهل المدينة ولانه تمكن الخلل في السرقة والمال والمالية والحرز والمقصود وكل منها يمنع القطع اما الاول فلان السرقة اخذ مال على وجه يسارق عين حافظ قصد حفظه لكنه انقطع حفظه بعارض كنوم وغفلة والنباش لا يسارق عين من يقصد حفظه وانما يسارق عين من لعله يهجم عليه فلا يكون في معناه ولهذا اختص باسم اخر ولا يسمى سارقا فلا يتناوله اية السرقة واما الثاني فلانه لا يملكه الميت حقيقة لعجزه لان الملك عبارة عن الاطلاق والاستيلاء والتمكن من التصرف والموت ينافيه واما الثالث فلان المال عبارة عما تميل اليه النفوس وتضن به وهو مخلوق لمصالح الادمي والطباع السليمة تنفر عنه فضلا عما تضن به واما الرابع فلانه ليس محرزا بالميت لانه لا يحرز نفسه فكيف يحرز غيره ولا بالقبر لانه حفرة في الصحراء فلا يكون حرزا ولهذا لو دفن فيه مالا اخر غير الكفن لا يقطع سارقه واما الخامس فلان المقصود من شرع الحدود تقليل الفساد فيما يكثر وجوده وهذه الجناية نادرة فلا يحتاج الى الزاجر وما رواه غير مرفوع بل هو من كلام زياد وذكر في اخره من قتل عبده قتلناه به ومن جدع انفه جدعناه ولا حديث يثبت هنا ابدا ولئن ثبت فهو محمول على السياسة فيمن اعتاد ذلك ونحن نقول بذلك اذا راى الامام فيه مصلحة والذي يدل على ذلك ان نباشا اتي به مروان فسال الصحابة عن ذلك فلم يبينوا فيه شيئا فعزره اسواطا ولم يقطعه ولو كانت الاية تتناوله او كان فيه حديث مرفوع لبينوا له ولما احتاج هو الى مشاورتهم ولما كانوا يتفقون على خلاف ذلك وما روي فيه من اختلاف الصحابة ارتفع باجماع من كان في عصره منهم وقوله من حرز مثله قلنا حرز المثل لا يختلف في جنس واحد وانما يختلف باختلاف الاجناس حتى اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق منه لؤلؤا لا يقطع وكذا لو سرق شاة من حظيرة يقطع ولو سرق منها ثوبا لا يقطع لان كلا منهما حصين في حق الدابة والشاة دون اللؤلؤ والثوب لاختلاف الجنس وفيما نحن فيه لو سرق منه ثوبا اخر غير الكفن لا يقطع فيه ولو كان حرزا للكفن لقطع فيه لاتحاد الجنس لان معنى الصيانة بالحرز لا يختلف في جنس واحد ولانه لو لم يكن حرزا لكان تضييعا وبه يجب الضمان على الاب والوصي في مال الصغار ولم يقل احد بوجوب الضمان عليهما اذا كفنا الصغير بما له فكان حرزا ضرورة لانا نقول لو كان حرزا لما ضمنا ثوبا اخر له غير الكفن دفنه فيه وانما لا يضمنان بالكفن لانه صرف الى حاجة الميت وبه لا يكون تضييعا كالقاء البذر في الارض وذبح الشاة للاكل وتناول الطعام لحاجته وان كان القبر في بيت مغلق لا يقطع في الاصح لما بينا من الخلل وكذا لو سرق من ذلك البيت مالا اخر غير الكفن لانه يتاول بالدخول فيه زيارة القبر وكذا اذا سرق الكفن من تابوت في القافلة وعلى هذا ينبغي ان لا يقطع السارق من بيت فيه الميت لانه يتاول بالدخول فيه تجهيزه وهو اظهر من الكل لوجود الاذن بالدخول فيه عادة قال ومال عامة او مشترك اي لا يقطع في مال بيت المال او في مال للسارق فيه شركة لان له فيه شركة حقيقة او شبهة شركة فان مال بيت المال مال المسلمين وهو منهم واذا احتاج ثبت له الحق فيه بقدر حاجته فاورث ذلك شبهة والحدود تدرا بها قال ومثل دينه اي لا يجب القطع اذا سرق من مديونه قدر دينه من جنسه والدين حال لانه استيفاء لدينه وله ذلك من غير رضى من عليه اذا ظفر به وان كان الدين مؤجلا يقطع

قياسًا لانه لا يباح له اخذه فصار كاخذه من غيره ولا يقطع استحسانًا لان دينه ثابت في ذمته والتاجيل لتاخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه فيصير شبهة وان سرق من خلاف جنس حقه فان كان نقدًا لا يقطع في الصحيح لان النقدين جنس واحد حكمًا ولهذا كان للقاضي ان يقضي به دينه من غير رضى المطلوب ويضم احدهما الى الآخر في الزكاة وان كان عرضًا يقطع لانه ليس له ان ياخذه بدينه لوجود المجانسة من حيث المالية ومن العلماء من يقول له ان ياخذه رهنا عنه فاورث شبهة قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعاه درئ الحد عنه لوجود الظن في موضع الاجتهاد **قال** ولشيء قطع فيه ولم يتغير اي لا يقطع بسرقة شيء كان قد سرقه من قبل وقطع فيه اذا لم يتغير عن حاله الاولى وان تغير بان كان غزلا فسرقه فقطع فيه ثم رده الى صاحبه فنسجه او يجود لم ثم سرقه قطع فيه ثانيًا والقياس ان يقطع وان لم يتغير عن حاله وهو قول الشافعي ورواية عن ابي يوسف لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولانه سرق مالا معصومًا كامل النصاب من حرز لا شبهة فيه فيقطع كالاولى لعدم الزاجر ولا اشكال في عصمته الا ترى انه يضمن بالغصب وما لا قطع اذا تغير عن حاله او باعه من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقه **ولنا** ان القطع يستلزم سقوط عصمة المحل حقًا للعبد على ما نبين من قريب ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان تعود حقيقة العصمة بقيت فيه شبهة السقوط نظرًا الى اتحاد المالك والملك والعين وبقاء السبب الموجب لسقوط عصمته ذلك المال وهو القطع في ذلك المال فاورثت شبهة ولان هذه الجناية وجودها نادر فتعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية لان تحصيل الحاصل محال فصار نظير قذف المحدود في القذف المقذوف الاول لان المقصود وهو اظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف قد حصل بالاول فلا حاجة الى الثاني بخلاف ما اذا تغيرت عن حالها لانها صارت كعين اخرى حتى يتبدل اسمها ويملكها الغاصب به وبخلاف ما اذا باعها من السارق ثم اشتراها منه ثم سرقها الاول لان تبدل الملك يوجب تبدل العين حكمًا فصارت كانها تبدلت حقيقة اصله حديث بريرة انه عليه السلام قال هو لها صدقة ولنا هدية **فان قيل** حد الزنا يتكرر بتكرر الفعل في محل واحد فوجب ان يكون حد القذف كذلك **قلنا** حد الزنا يجب باعتبار المستوفى من منافع البضع والمستوفى في الزنا الثاني غير المستوفى في الاول لانه عرض لا يبقى فصار كشرب الخمر فان المشروب في الثاني غير المشروب في الاول اما حد السرقة فباعتبار العين وهي لا تختلف حتى لو اختلفت بان تغيرت وجب عليه القطع ثانيًا على ما بيّنا ولان حد الزنا لا يسقط به عصمة المحل وحد السرقة يسقط فلا يعود الا بالتغير عن تلك الهيئة ولان هذا الحد لا يستوفى الا بالخصومة ولا يتكرر تكرار الخصومة من رجل واحد في محل واحد كحد القذف بخلاف حد الزنا لانه لا يعتبر فيه الخصومة **قال** ويقطع بسرقة الساج والقنا والابنوس والصندل والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد واللؤلؤ لان هذه الاشياء من اعز الاموال وانفسها وهي محرزة ولا توجد مباحة الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة وذكر في شرح المختار ان لا قطع في العاج ما لم يعمل فاذا عمل منه شيء قطع فيه ولا قطع في الزجاج لان المكسور منه تافه والمصنوع منه يتسارع اليه الفساد وقيل المصنوع يقطع

لانه مال نفيس لا يتسارع اليه الفساد الا بالتقصير في الاحتراز غالبًا ويقطع في العود والمسك والادهان والورس والزعفران والعنبر لما ذكرنا في الفصوص **قال** والاواني والابواب المتخذة من الخشب لان الصنعة فيها غلبت على الاصل والتحقت بالصنعة بالاموال النفيسة حتى تضاعف قيمتها وخرجت من ان تكون تافهة ولهذا تحرز بخلاف المتخذ من الحشيش والقصب لان الصنعة لم تغلب فيه حتى لا تضاعف قيمته ولا تحرز كذلك حتى لو غلبت فيه الصنعة كالحصر البغدادية والجرجانية والعبادانية والاواني التي يتخذ للبن والماء من الحشيش في السواد ان يقطع فيها لما ذكرنا وانما يقطع في الابواب اذا كانت في الحرز وكانت خفيفة لا يستثقل حملها على الواحد لانه لا يرغب في سرقة الثقيل من الابواب وان كانت مركبة على الباب لا يقطع فيها لانها لا تكون محرزة به بل هي حرز لغيرها لان الحرز ما يمنع وصول اليد الى المال ويصير المال به محصنًا وهي بهذه المثابة فلا تكون محرزة بالتركيب

فصل في الحرز

قوله ومن سرق من ذي رحم محرم لا برضاع ومن زوجته او هي منه وسيده وزوجته وزوج سيدته ومكاتبه وختنه وصهره ومن مغنم وحمام وبيت اذن في دخوله لم يقطع لوجود الشبهة في كل واحد منها **قال** وهو ما اذا سرق من ذي رحم محرم منه فللمبسوطة في دخول الحرز عادة ولهذا يدخل عليهم من غير استيذان واباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة وجرت البسوطة في الانتفاع بمال الاصول والفروع ويجب نفقته فيه اذا كان فقيرًا فثبتت الشبهة فيه ظاهرة وهي كافية لدرء الحد خلافًا للصديق لانه بالاخذ من مال له على وجه السرقة عادة فلم يبق صديقًا له وفي غير الولاد من الاقارب خلاف الشافعي لانه يلحقها بالاجانب وقد بيناه في النفقة والعتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم مال غيره لا يقطع لعدم الحرز وبالعكس يقطع لوجوده وينبغي ان لا يقطع في الولاد لما ذكرنا من الشبهة في ماله **قال** لا برضاع لا حاجة الى اخراجه لانه لم يدخل في ذي الرحم المحرم وانما يقطع لعدم ما ذكرنا فيه من الشبهة وعن ابي يوسف انه لا يقطع اذا سرق من امه من الرضاع لانه يدخل عليها عادة من غير استيذان بخلاف اخته من الرضاع لعدم هذا المعنى والنا ظر ذلك لا يشتهر فلا توجب البسوطة والمحرمية بدون القرابة لا تحترم كما اذا ثبت بالزنا ولهذا يقطع اذا سرق من اخته من الرضاع **واما** اذا سرق احد الزوجين من الآخر او سرق العبد من سيده او زوجة سيده او زوج سيدته فلوجود الاذن بالدخول عادة فانعدم الحرز ولو ابانها بعد السرقة وانقضت عدتها ثم رفع الامر الى القاضي لا يقطع لان السرقة انعقدت غير موجبة للقطع فلا تنقلب موجبة كما اذا وهبها ثم ابانها حيث لا يكون له الرجوع فيها ولو سرق من امراته المبتوتة في العدة او سرقت هي منه لا يقطع لان الخلطة بينهما قائمة اذ الدخول مباح للاطلاع صيانة لمائه او لوجوب السكنى عليها حيث يسكن وقيل يقطع اذا كان المنزل للمسروق منه دون السارق لان كلا منهما ممنوع عن الخلوة بصاحبه محرم الدخول عليه كما بعد انقضاء العدة ولو سرق رجل من اجنبية او امراة من اجنبي ثم تزوجها قبل القطع لا يقطع لوجود الشبهة قبل الامضاء فصار كما اذا ملك المسروق في تلك الحالة بخلاف ما اذا وهب لاجنبية ثم تزوجها حيث لا يسقط الرجوع لان المعترض شبهة الملك والشبهة توجب سقوط الحد دون الرجوع بخلاف الوصية حيث تعتبر فيها حالة الموت لا غير لما عرف في موضعه وعن محمد انه اذا تزوجها بعد القضا

يقطع وكذا لو سرق احدهما من حرز الآخر لا يسكنان فيه لوجود البسوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة
ذلك انها لما بذلت نفسها وهي انفس من المال فالمال اولى ولهذا لا تقبل شهادة كل واحد منهما للآخر
والعبد في هذا ملحق بمولاه حتى لا يقطع في سرقة لا يقطع فيها المولى كالسرقة من اقارب المولى وحريمه
لانه ماذون له بالدخول عادة في بيوت هؤلاء لاقامة المصالح والمكاتب فيه كالقن لانه عبد ما
بقي عليه درهم وكذا الماذون له في التجارة **وأما** اذا سرق من مكاتبه فان له حقا في اكسابه ولهذا
لا يجوز له ان يتزوج امة مكاتبه فتحققت الشبهة **وأما** اذا سرق من ختنه وصهره فالمذكور
هنا قول ابي حنيفة وعندهما يقطع لان العادة قد جرت بالبسوطة في دخول بعضهم منازل بعض
بلا استئذان فتمكنت الشبهة في الحرز ولهما انه لا شبهة في ملك البعض لانها تحوز بالقرابة والقرابة
والمحرمية بالمصاهرة كالمحرمية بالرضاع وعلى هذا الخلاف اذا سرق من كل من يحرم عليه بالمصاهرة
وأما اذا سرق من مغنم فلما روي عن علي رضي الله عنه انه اتي برجل سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال
له ان له فيه نصيبا **وأما** اذا سرق من الحمام او بيت اذن للناس بالدخول فيه فلاختلال الحرز بالاذن
في الدخول وعن ابي حنيفة انه اذا سرق ثوبا من تحت رجل في الحمام يقطع كما لو سرق من المسجد وصاحبه
عنده والفرق على الظاهر ان الحمام بني للاحراز فكان حرزا فلا يعتبر الحافظ كالبيت بخلاف المسجد لانه
ما بني لاحراز الاموال فلم يكن محرزا بالمكان فيعتبر الحافظ كالطريق والصحراء الا ترى انه اذا سرق من الحمام
في وقت لا يؤذن للناس بالدخول فيه يقطع وفي المسجد لا يقطع مطلقا وحوانيت التجار والخانات كالحمام
لانها بنيت للاحراز والاذن يختص بوقت التجارة ثم لا بد من الحرز لان الاخذ لا يتحقق دونه وهو
على نوعين حرز لمعنى فيه وهو المكان المعد لاحراز الاموال كالدور والبيوت والصناديق وامثال ذلك
وحرز بالحافظ كمن جلس على الطريق او المسجد وعنده متاعه وهو محرز به وقد قطع رسول الله صلى الله
عليه وسلم سارق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ
في الصحيح لان الحرز به فوق الحرز بالحافظ لان الحرز ما يمنع وصول اليد الى المال وبه امتنع مع خفاء ما
فيه عن اعينهم فكان الحرز بالحافظ دونه فيكون كالبدل عنه فلا يعتبر حال وجود الاصل حتى لو اذن له
في الدخول فيه فسرق منه وصاحبه حاضر لا يقطع لان الحافظ لا يعتبر مع الحرز بالمكان وذلك قد سقط
بالاذن ولو كان باب الدار مفتوحا في النهار فسرق لا يقطع لانه مكابرة وليس بسرقة ولو كان في الليل
بعد انقطاع انتشار الناس قطع ذكره في شرح المختار وفي المحيط الغشاش وهو الذي يهيئ لغلق الباب
ما يفتحه ففتش ما في الدار او في السوق نهارا وليس في الدار ولا في السوق احد لم يقطع وان كان فيهما
احد من اهلها واخذ المتاع وهو لا يعلم به يقطع ومثله في البدائع واوجب القطع في الهداية في الخانات
والحوانيت ليلا لا نهارا مطلقا هنا في المفتوحة وفي المغلوقة يقطع مطلقا في الاصح والاخراج من
الحرز شرط لوجوب القطع في المحرز بالمكان لتمام يده قبله وفي الحافظ يكتفى بمجرد الاخذ لزوال يد المالك
به فتتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما عنده في الصحيح واطلاق القدوري
بقوله وصاحبه عنده يدل على ذلك وقيل لا يكون محرزا في حالة نومه الا اذا كان تحت جنبه او تحت
رأسه ووجه الاول ان المعتبر الاحراز وقد حصل به فان الناس يعدون النائم عند متاعه حافظا له

عنده

لا مضيعا ولهذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله **قال** ومن سرق من المسجد متاعا وربه عنده
قطع لما رويناه وقد ذكرنا من المعنى **قال** وان سرق ضيف ممن اضافه او سرق شيئا ولم يخرجه من الدار
اي لا يقطع لان البيت في حق الضيف لم يبق حرزا لكونه ماذونا له في دخوله فصار بمنزلة اهله والدار
بما فيها في يد صاحبها في المعنى وهي كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها لتحقق الاخذ من كل وجه
بخلاف الغصب حيث يجب عليه الضمان بالاخذ وان لم يخرجه من الدار في الصحيح لانه يجب مع الشبهة
هذا اذا كانت الدار صغيرة لا يستغني اهل البيوت عن الانتفاع بصحنها لانه حينئذ تكون كلها حرزا
واحدا حتى لو اذن له في دخولها فسرق من البيت لا يقطع وان كانت كبيرة فسرق منها واخرجه الى
صحنها يقطع وان لم يخرجه منها على ما يجيء من قريب **قال** وان اخرجه من حجرة الى الدار او اغار من
اهل الحجر على حجرة او نقب فدخل والقى شيئا في الطريق ثم اخذه او حمله على حمار فساقه واخرجه قطع
لتحقق السرقة في هذه الجملة **وأما** اذا اخرجه من حجرة الى الدار اي الى صحنها فلان الاخراج من الحرز
قد تحقق فيترتب عليه موجبه وهذا اذا كانت الدار كبيرة وفيها مقاصير اي حجر ومنازل وفي كل
مقصورة مكان يستغني به اهله عن الانتفاع بصحن الدار وانما ينتفعون به انتفاع السكة فيكون اخراجه
اليه كاخراجه الى السكة لان كل مقصورة حرز على حدة اذ لكل مقصورة باب وغلق على حدة ومال
كل واحد محرز بمقصورته فكانت المنازل بمنزلة دور في محلة **وأما** اذا اغار من اهل الحجر على اهل
حجرة اخرى فالمراد به اذا كانت الدار كبيرة لانها بمنزلة المحلة وان كانت صغيرة بحيث لا يستغني
اهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار بل ينتفعون به انتفاع المنازل فهي بمنزلة مكان واحد فلا
الساكن فيها ولا الماذون له بالدخول فيها اذا سرق من بعض مقاصيرها **وأما** اذا نقب ودخل
الى حرز فلانه هتك الحرز بالدخول وتمت السرقة بالاخراج والاخذ وفيه خلاف زفر رحمه الله
هو يقول الالقاء غير موجب للقطع وكذا الاخذ من الطريق فصار كما لو القاه في الطريق ولم ياخذه
او اخذه غيره من الطريق **ولنا** انه حيلة اعتادها السراق اما لتعذر الخروج مع المتاع او ليمكنه
الدفع او الفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فصار الكل فعلا واحدا وهذا لانه لما ثبتت عليه يده بالاخذ ثم
بالرمي لم تزل يده حكما الا ترى ان من سقط منه مال فاخذه غيره ليرده على صاحبه ثم رده الى موضعه لم
يضمن لانه في ذلك الموضع في يد صاحبه حكما فكانه رده اليه حقيقة فاذا بقي يده حكما وتأكد ذلك
بالاخذ يقطع بخلاف ما اذا لم ياخذه لانه مضيع لا سارق وهذا لان رميه متردد بين ان يكون
للتضييع لان منهم من يقصد التضييع على صاحبه وبين ان يكون حيلة لاتمام الاخذ وايهما فعل تبين
ان الرمي كان لذلك **وأما** اذا حمله على حمار الى اخره فلان سير الحمار مضاف اليه لسوقه ولهذا
يضمن السائق ما اتلفته الدابة ولو لم يسقه وخرج بنفسه لا يقطع وفي قوله فساقه اشارة اليه
ولو القاه في نهر في الدار فان كان الماء ضعيفا واخرجه بتحريك السارق قطع لان الاخراج مضاف
اليه وان اخرجه الماء بقوة جريه لم يقطع وقيل يقطع وهو الاصح لانه اخرجه بسببه ذكره في
النهاية معزيا الى المبسوط **قال** وان ناول آخر من خارج او ادخل يده في بيت واخذ او طر
صرة خارجة من كم او سرق من قطار بعيرا او حملا لا اي لا يقطع في هذه الاشياء كلها لعدم الحرز او لعدم

هتكه **اما الاول** وهو ما اذا ناول اخر من خارج البيت ومراده اذا نقب ودخل وناول المتاع غيره فلان القطع يجب بهتك الحرز والاخراج ولم يوجد في كل واحد منهما اذ الخارج لم يوجد منه الهتك والداخل لم يوجد منه الاخراج وان وجد باخراج يده فقد بطل باعتراض يد الاخر عليه فلم يتم السرقة في كل واحد منهما وعن ابي يوسف ان على الداخل القطع على كل حال لان الهتك تم منه فصار المال مخرجا بفعله او بمعاونته واما الخارج فان ادخل يده يقطع لوجود الاخراج من الحرز وان لم يدخل يده ولان الداخل اخرج يده وناوله لا يقطع لعدم الهتك والاخراج منه وعن ابي يوسف رواية اخرى ان الخارج اذا ادخل يده واخذ المتاع يقطع لحصول المقصود ذكرها في البدائع وهو اشبه بمذهبه على ما يأتي بيانه **واما** اذا ادخل يده في بيت يعني من النقب واخذ لا يقطع لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال ان اللص اذا كان له ظرف لا يقطع قيل فكيف ذلك قال ان ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير ان يدخله هو ولان هتك الحرز معتبر لايجاب القطع وفي الحدود يراعى كمال السبب والشرط احتيالا للدرء وامكن جهة هتك الحرز بالدخول فليشترط بخلاف الصندوق والجيب والكم ونحوه لان الممكن فيها ادخال اليد لا الدخول فلم يشترط الممكن لا غير للتعذر وفيه خلاف ابي يوسف هو يقول ان السرقة اخذ المال من الحرز على الخفية وقد تحقق بادخال يده كما تحقق بدخوله بنفسه والدخول وسيلة اليه فلا تعتبر عند حصول المقصود بغيره كما في الصندوق ونحوه والحجة عليه ما ذكرنا والفرق ما بينا وحصول المقصود بغير هتك الحرز لا يوجب القطع الا ترى انه لو شق جوالقا فتبدد ما فيه من الدراهم فاخذه لا يقطع لوجود الهتك **واما** اذا طر صرة خارجة من الكم فلان الرباط من خارج فبالقطع يتحقق الاخذ من الظاهر فلم يوجد هتك الحرز وهو المعتبر في الباب وان كانت الصرة داخلة فطرها واخذها قطع لان الرباط من داخل فبالطر يبقى الصرة داخل الكم فيتحقق الاخذ من الداخل فوجد الهتك ولو كان مكان الطر حل الرباط ينعكس الحكم لانعكاس العلة وعن ابي يوسف انه يقطع في الاحوال كلها لانه محرز بالكم او بصاحبه قلنا لا يعتبر الحرز بالحافظ الا اذا كان يحفظه من السراق وبعد ما ادخله في كمه او ربطه لا يقصد حفظه وانما يقصد قطع الطريق او الاستراحة بالمشي والقعود لاعتماده عليه فلا يعتبر حافظا من غير قصد الا ترى الى قوله عليه السلام لا قطع في حريسة الجبل لان مقصود الراعي دون الحفظ وهو سبع فلا يصلح للقطع لما فيه من شبهة العدم وفي المحيط لو سرق ثوبا عليه وهو رداه او قلنسوة او طرف منطقة او سيفه او سرق من امرأة حليا عليها لا يقطع لانها خلسة وليست بحيلة سرقة ولو سرق من رجل نائم ملاءة عليه وهو لابسها او ملاءة له وهو لابسها او واضعها قريبا منه بحيث يكون حافظا له قطع لانه اخذها خفية وسرا وله حافظ وهو النائم **واما** اذا سرق من قطار بعيرا او حملا فلانه ليس بحرز مقصود فيتمكن فيه شبهة العدم ولا فرق بين ان يكون معها سائق او قائد او لم يكن لان السائق او الراكب يقصد قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان معها من يحفظها يقطع **قال** وان شق الحمل فاخذ منه او سرق جوالقا فيه متاع وربه يحفظه او نائم عليه او ادخل يده في صندوق غيره او جيبه او كمه فاخذ المال قطع لوجود السرقة من الحرز والنوم بقربه منه بحيث يعد حافظا له كالنوم عليه على المختار وقد ذكرناه من قبل

فصل في كيفية القطع واثباته

قال ويقطع يمين السارق من الزند لقراءة ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا ايمانهما وهي مشهورة فجاز التقييد بها وقد عرف في موضعه ومن الناس من قال يقطع الاصابع فقط لان البطش يقع بها وقالت الخوارج تقطع اليمين من المنكب لان اليد اسم لكلها **ولنا** ما روي انه عليه السلام امر بقطع يد السارق من الرسغ ولان كل من قطع من الائمة قطع من الرسغ فصار اجماعا فعلا فلا يجوز خلافه **قال** ويحسم اي يكوى كي ينقطع الدم لقوله صلى الله عليه وسلم فاقطعوه ثم احسموه رواه الدارقطني ولان منافذ الدم تنسد بالكي فينقطع به فلو لم يحسم يسترسل الدم فيؤدي الى التلف **قال** وتقطع رجله اليسرى ان عاد لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه وعليه اجماع المسلمين **قال** فان سرق ثالثا لم يقطع حتى يتوب ولم يقطع كمن سرق وابهام اليسرى مقطوعة او شلاء او اصبعان منها سواها او رجله اليمنى مقطوعة اي لا يقطع في الثالثة ثم لا يقطع اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء الى اخره وقال الشافعي رحمه الله يقطع في الثالثة يده اليسرى وفي الرابعة رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما ذهب اليه هو وظاهر قوله تعالى فاقطعوا ايديهما تناول اليدين منهما ولان الثالثة مثل الاولى في الجناية بل افحش فيقدم الزاجر فكانت ادعى الى شرع الحد **ولنا** اجماع الصحابة رضي الله عنهم حين حجهم علي بقوله اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا يبطش بها ورجلا يمشي عليها ولم يحتج احد منهم بالمرفوع فدل على عدمه وما رواه لم يثبت فان الطحاوي قال تتبعنا هذه الاثار فلم نجد لشيء منها اصلا ولهذا لم يقل في الخامسة وان ذكر فيما روى ولئن صح فهو محمول على السياسة او على النسخ ولانه لا يدل على ما ذكر لان اضافة جزءين او ما هو جزءين الى متضمنهما يذكر بلفظ الجمع فلا يراد الجمع عند اهل اللغة بل يراد به التثنية فلا يتناول الايدي واحدة من كل واحد منهما فبطل الاستدلال به ولهذا لا يقطع في الثالثة يده اليسرى ولو تناول لها الاية لقطعت ولان السارق اسم فاعل يدل على المصدر لغة وهو اسم جنس فيتناول الادنى اذ كل السرقات غير مراد لعدم توقف القطع عليه ويعمل واحد لا يقطع الا يد واحدة وقد تعينت اليمنى فخرجت اليسرى من ان تكون مراده ولان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار وفي قطع الاربع اتلاف له ايضا في المعنى والقطع للزجر لا للاتلاف الا ترى انه عليه السلام حسم المقطوع كي لا يهلك بخلاف القصاص لان المنظور اليه المساواة لكونه حق العبد فيستوفي ما امكن جبرا لحقه ولانه يندر وجوده فلا يستدعي زاجرا اذ الحد فيما يغلب لا فيما يندر وانما لا يقطع اذا كانت الشهادة والاقرار في ذلك لاحتمال ان يقرله بالملك فيسقط القطع فلا بد من حضوره عند الاداء والقطع لينفي تلك الشبهة وكذا اذا غاب عند القطع لان الامضاء في الحدود من القضاء وفي البدائع اذا اقر انه سرق من فلان الغائب قطع استحسانا ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه وقيل عندهما ينتظر وعند ابي يوسف لا ينتظر وذكر في النهاية معزيا الى المبسوط انه لا معتبر بحضوره وحده عند الاستيفاء لان الوكيل قائم مقامه وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير وقال ابن ابي ليلى لا يشترط حضورهما فيهما لان الحد حق الله تعالى فكان من باب الحسبة كالزنا وقال الشافعي لا حاجة الى حضوره في الاقرار دون البينة لان الشهادة تبتنى على الدعوى دون الاقرار والحجة عليهما ما بينا **قال** ولو هو دعا او غاصبا او صاحب الربا اي ولو كان المسروق واحدا منهم لا يقطع بخصومته

وكذا بخصومة المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن
والاب والوصي ومتولي الوقف وكل من له يد حافظة وقال زفر والشافعي رضي الله عنهما لا يقطع الا
بخصومة المالك والخلاف بيننا وبين الشافعي مبني على ان لهؤلاء حق الخصومة في الاسترداد عندنا وعنده
ليس لهم ذلك عند جحود من في يده ما لم يحضر المالك لان المطلوب منهم الحفظ دون الخصومة الا ترى انهم
لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم مع بقاء اليد لاستمرارها فلان لا يملكونها مع انتفائها اولى واحرى
وزفر رحمه الله يقول لهم ان يخاصموا ضرورة استرداد المال الى الحفظ الواجب عليهم فلا يظهر في حق القطع وهذا
لانهم انما يملكون الخصومة بحكم النيابة والنيابة لا تجري في الحدود لاحتمال ان يقر له به اذا حضر على ما
مر ولهذا لا يقطع باقرار مع غيبة المسروق منه ولانهم يملكون الخصومة للصيانة ولو اظهرناه في حق
القطع لفاتت الصيانة اذ بالقطع يبقى المال غير معصوم ولهذا لا يضمن بالهلاك **ولنا** ان السرقة موجبة
للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية بناء على خصومة معتبرة فيستوفي القطع ولهؤلاء يد
صحيحة وهي مقصودة كالملك فاذا ازيلت كان لهم ان يخاصموا عن انفسهم لاستردادها اصالة لا نيابة
لانه ان كان امينا لا يتمكن من اداء الامانة الا به وان كان ضمينا لا يتمكن من اسقاط الضمان عن نفسه الا بذلك
فيكون مخاصما عن نفسه باعتبار حقه بان يقول سرق مني بخلاف الولي في هذه المعاني اذا لم يكن له يد ولا يستغني
عن اضافته الى موكله ولا يخاصم باعتبار حقه فاذا كان اصيلا في الخصومة وجب الاستيفاء عند
الثبوت بلا حضرة المالك لان القطع خالص حق الله تعالى بخلاف القصاص واما الاقرار فقد ذكر في البدا
لانه يشترط فيه حضوره استحسانا قلنا ان يمنع ولئن سلم ففيه شبهة زائدة وهي جواز ان يرد اقراره
فيعتبر بين الشبهة عند عدم الدعوى الصحيحة بخلاف خصومة هؤلاء على ما ذكرنا وسقوط العصمة
ضرورة الاستيفاء ضمنا للقطع لا بد فلا يجوز سقوطه قصدا فالى المودع ولا يكون تضييعا له بل يكون
صيانة بابلغ الوجوه لان السراق اذا علموا انه يقطع بخصومته يمتنعون عنه وبعكسه يجترؤون عليه
الا ترى ان الله تعالى جعل في القصاص حياة بهذا الاعتبار وان كان هو في نفسه قتلا ولا معتبر بالشبهة
الموهومة باعتراض المالك لبعدها كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومة المالك
في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة ويقطع بخصومة المالك من السرقة ممن
ذكرنا وعن محمد رحمه الله انه لا يقطع بخصومة المالك حال غيبة المسروق منه لانه لم يسرق منه فكان
اجنبيا والظاهر الاول لان خصومته صحيحة واقعة عن نفسه لاستردادها ماله الا ان الراهن انما
يقطع السارق بخصومته اذا كانت العين قائمة بعد قضاء دينه لان العين اذا هلكت صار المرتهن مستوفيا
لدينه فلا مطالبة للراهن وكذا قبل قضاء الدين لا حق له في مطالبة العين فلا يقطع بخصومته قال
الراجي عفو ربه ينبغي ان يقطع بخصومة الراهن بعد الهلاك اذا كانت قيمة الرهن اكثر من الدين وكان
الفضل يبلغ نصابا لان له ان يطالب السارق بعد الهلاك بالفضل كالوديعة **قال** ويقطع
بطلب المالك لو سرق منهم اي لو سرق من المودع والغاصب وصاحب الربا وقد بيناه من قبل **قال**
لا بطلب المالك اذا السارق لو سرق من سارق بعد القطع معناه اذا قطع سارق بسرقة فسرقت منه بعد
القطع لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم بعد القطع في حق الاول

فلم تنعقد موجبة للقطع وهذا لان السرقة انما توجب القطع اذا كانت من يد المالك او الامين او الضمين
ولم يوجد شيء من ذلك هنا اذ السارق الاول ليس بمالك ولا امين ولا ضمين فلا يقطع بخلاف ما اذا سرق
قبل ان يقطع بين حيث يكون له ولرب السرقة القطع على ما بينا في الغاصب ونحوه وليس للاول ولاية
الاسترداد في رواية لان يده ليست بصحيحة اذ هي تصح بالملك او الامانة او الضمان ولم يوجد واحد
منها وفي رواية له ذلك ليرده على المالك اذ الرد واجب عليه فلا يتمكن الا به **قال** ومن سرق شيئا
ورده قبل الخصومة الى مالكه او ملكه بعد القضاء او ادعى انه ملكه او نقصت قيمته عن النصاب لم يقطع
واما اذا رده قبل الخصومة الى مالكه فلان الخصومة شرط لظهور السرقة وهذا لان القطع وان كان
حق الله تعالى لكن ثبوته في ضمن حق العبد في المسروق ولهذا لو شهد شاهدان على رجل بالسرقة والمشهود له
منكر السرقة لا يقطع السارق وحق المسروق منه هنا لم يثبت لان ثبوته بالبينة بناء على خصومة صحيحة
ولم يوجد فلم يثبت القطع وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا ردها بعد المرافعة قلنا بعد المرافعة
وجدت الخصومة وانتهت بالرد والشيء بانتهائه لا يبطل بل يتقرر ويتاكد فيكون موجودا حكما وتقديرا
وهذا ظاهر فيما اذا رد بعد القضاء بالقطع وكذا اذا ردها بعد ما شهد الشهود قبل القضاء استحسانا لان
السرقة قد ظهرت عند القاضي بما هو حجة بناء على خصومة معتبرة ولو ردها الى ولده او ذي رحم ان
لم يكن في عيال المسروق منه يقطع لعدم الوصول اليه حقيقة وحكما ولهذا يضمن المودع والمستعير
بالدفع اليهم وان كانوا في عياله فهو كرده الى المسروق منه فلا يقطع ان كان قبل المرافعة لوجود الوصول
اليه قبل الخصومة ولهذا لو رد المودع او المستعير عليه لا يضمن وان وكل بقبض الدين اذا وكل من في
عياله فقبض برئ المديون بقبضه وكذا لو رد على امرأته او اجيره مسانهة او مشاهرة او عبده ولو رده
الى والده او جده او والدته او جدته وليس في عياله لا يقطع لان لهم شبهة الملك فتثبت شبهة الرد
وشبهة الرد كالرد ولو دفع الى عيال هؤلاء يقطع لانه شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ولو دفع الى مكاتبه
لا يقطع لانه عبده ولو سرق من مكاتب ورده على مولاه لا يقطع لان ما له له رقبة ولو سرق من عيال ورده
الى من يعولهم لا يقطع لان يده عليهم فوق ايديهم في ماله **واما** اذا ملكه السارق بعد القضاء بالقطع فلان
الامضاء من القضاء في الحدود وقد اعترض ما يوجب خلل شرطه وهو انقطاع الخصومة فيمتنع الامضاء كما
يمتنع القضاء بتغير اوصاف الشهود بالعمى والخرس والردة والفسق في هذه الحالة بخلاف رده الى المالك
لانه ثمة الخصومة فيه لحصول مقصودها فتتقرر واما التمليك فيضاد مقصودها اذ لا يخاصم
احد لملكه وانما يخاصم ليسترد فيقطعها وعن ابي يوسف انه يقطع وهو قول زفر والشافعي لان السرقة قد
وقعت موجبة للقطع لاستجماع شرائطها وقد ظهرت عند القاضي بدليلها ولا اثر للعارض في ايراث الخلل
في الظهور او الوجوب لان الهبة ونحوها من اسباب الملك توجب ملكا حادثا فلا يمتنع به الاستيفاء كالرد على
المالك ونحن نمنع الوجه والفرق بينهما قد ذكرناه **فان قيل** اذا تزوج بمن زنى بها يحد فلولا ان العارض
كالعدم لما حد **قلنا** بعد التسليم الحد باعتبار ما استوفى من منافع البضع وهو ملك لا يثبت والقطع باعتبار
العين وهو باق **واما** اذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة
عليه وقال الشافعي لا يسقط عنه الحد بمجرد الدعوى ما لم يقم بينة لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد

باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال فان المقر اذا رجع
صح وان كان لا يعجز عنه سارق واما اذا انتقصت قيمة العين المسروقة عن النصاب فالمراد به النقصان
من حيث السعر بعد القضاء قبل القطع لا من حيث نقصان العين بان كانت قيمته يوم سرق عشرة دراهم ويوم
القطع اقل فانه لا يقطع وعن محمد رحمه الله انه يقطع وهو قول زفر والشافعي لان النصاب تم عند
الاخذ وهو المعتبر ونقصانه بعد ذلك لا يوجب خللا فيه كما في النقصان في العين ولنا ان النصاب
لما كان شرطا شرط قيامه عند الامضاء على ما بينا من قبل بخلاف نقصان القيمة بنقصان العين لان العين
مضمون على السارق لانه يكون بفتور الرغبات ومثله لا يكون مضمونا على احد قال ولو اقرا
بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا اي لو اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما المسروق مالي لم يقطع واحد
منهما سواء ادعى قبل القضاء او بعده قبل الامضاء لان السرقة ثبتت على الشركة وبطل الحد عن احدهما برجوعه
لانه انكر السرقة بعد الاقرار بها فلا تدخل رجوعا في حقه واورث شبهة في حق الاخر لاتحاد السرقة بخلاف
ما لو سرقت انا وفلان كذا وفلان ينكر حيث يقطع المقر لعدم الشركة بتكذيبه وفيه خلاف ابي يوسف هو
يقول انه اقر بفعل مشترك فلا يثبت غير مشترك وقد بطلت الشركة فلا يثبت ولهما ان الشركة لما لم
تثبت بانكار الاخر صار فعله كالعدم وعدم فعله لا يخل بالموجود منه كقوله قتلت انا وفلان فلانا
وقال الاخر ما قتلت يقاد المقر وحده وكقوله زنيت انا وفلان بفلانة وكذبه الاخر حد المقر وحده
قال ولو سرقا وغاب احدهما وشهد على سرقتهما قطع الاخر اي الحاضر وكان ابو حنيفة اولا يقول
لا يجب عليه القطع لان الغائب ربما يدعي الشبهة عند حضوره ثم رجع وقال يقطع لان سرقة الحاضر
ثبتت بالحجة ولا يعتبر الموهوم لانه لو حضر وادعى كان شبهة واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا
يعتبر قال رحمه الله ولو اقر عبد بسرقة قطع ويرد السرقة الى المسروق منه وهذا على اطلاقه قول
ابي حنيفة وقوله يرد السرقة يعني اذا كانت قائمة وان كانت هالكة لا يضمن على ما يجيء من قريب وقال
ابو يوسف ومحمد اذا كان العبد مأذونا له او مكاتبا او كان المال المسروق مستهلكا فكما قال ابو حنيفة
وان كان محجورا عليه والمال قائم في يده فعند ابي يوسف يقطع والمال للمولى ان صدقه المولى فيدفع
الى المسروق منه وقال محمد لا يقطع والمال للمولى الا ان يصدقه المولى وقال زفر لا يقطع في الوجوه
كلها والمال للمولى الا ان يكون مأذونا له في التجارة فيصح اقراره في المال او يصدقه المولى لان اقراره
بالقطع يتضرر به المولى فلا يقبل اقراره عليه قلنا صحة اقراره من حيث انه ادمي ثم يتعدى الى المالية
في ضمنه فيصح اذ لا تهمة فيه الا ترى الى قوله يقبل في هلال رمضان لعدم التهمة وكذا لو اقر المأذون
له في التجارة بالدين واقر الحر المديون بالدين يقبل لعدم التهمة فكذا هذا ولمحمد ان اقرار المحجور
عليه في المال باطل ولهذا لا يصح اقراره بالغصب وما في يده للمولى فلا يقطع به بخلاف المستهلك لحقه
ان المال الاصل فيها والقطع تابع حتى يسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال بدون القطع كما
اذا شهد رجل وامرأتان او اقر ثم رجع دون عكسه فاذا بطل في حق الاصل بطل في حق التبع بخلاف المأذون
له لان اقراره بما في يده من المال صحيح فيصح في حق القطع تبعا وبخلاف اقراره بالمستهلك لانه لا ملك للمولى
لم يظهر فيه لبرده ولابي يوسف انه اقر على نفسه بالقطع وعلى المولى بالمال لان ما في يد العبد لمولاه فلا يصح

والقطع قد يجب بدون المال كما اذا قال الثوب الذي مع عمرو سرقته من زيد فانه يقطع ولا يصدق اقراره في حق
الثوب وكما لو اقر بسرقة مال مستهلك ولابي حنيفة ان الاقرار بالقطع قد صح منه لكونه ادميا وصحته
لعدم التهمة فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال فيها تابع للقطع حتى يسقط عصمة
المال باعتبار القطع ويستوفي القطع بعد هلاك المال بخلاف مسألة الحر لان القطع يجب بالسرقة
من المودع ولا يقطع العبد بمال مولاه ابدا فحاصل هذا الخلاف راجع الى ان المال اصل والقطع اولا
فعند ابي حنيفة القطع هو الاصل والمال تبع وعند محمد المال هو الاصل فلا يثبت القطع بدونه وعند
ابي يوسف كلاهما اصل وحكى الطحاوي ان الاقاويل الثلاثة مروية عن ابي حنيفة فقوله الاول اخذ به محمد
والثاني اخذ به ابو يوسف وهو نظير اقواله في الجلال فعدت من مناقبه رضي الله عنهم اجمعين قال
ولا يجتمع قطع وضمان وترد العين لو قائمة معناه اذا قطع السارق وكانت المسروقة قائمة في يده ترد على
صاحبها لقيام ملكه فيها وان كانت هالكة لا يضمن السارق وان استهلكها فكذلك في رواية ابي يوسف
عن ابي حنيفة وهو المشهور وفي رواية الحسن يضمن وعن ابن سماعة عن محمد انه يفتى باداء القيمة لانه
اتلف مالا محظورا بغير حق ولا علم به لانه يؤدي الى ايجاب ما ينافي القطع وكذلك في قاطع الطريق اذا
اخذ مالا او قتل نفسا يفتى باداء الضمان والدية وكذا الباغي لان السبب قد تحقق وبعد زوال المعارض فلا
يعتبر في حق الفتوى وفي الكافي في هذا اذا كان بعد القطع وان كان قبل القطع فان قال المالك انا اضمنه لم يقطع
عندنا وان قال انا اختار القطع يقطع ولا يضمن وقال مالك ان كان السارق صاحب مال يضمن والا فلا
نظرا للجانبين قلنا المضمون لا يختلف بين ان يكون موسرا او معسرا وانما يؤثر الاعسار في التأخير لا غير
وقال الشافعي يضمن سواء هلك او استهلكه فحاصله ان القطع والضمان لا يجتمعان عندنا كالحد مع العقر
وعنده يجتمعان لانهما حقان اختلفا محلا ومستحقا وسببا لان محل القطع اليد ومستحقه هو الله تعالى
وسببه الجناية على حق الله تعالى وهو ترك الانتهاء عما نهي عنه ومحل الضمان الذمة ومستحقه المسروق
منه وسببه اثبات اليد على مال الغير على وجه العدوان فوجوب احدهما لا يمنع وجوب الاخر كالدية مع
الكفارة في القتل خطأ وكالقيمة مع الجزاء في قيمة صيد مملوك في الحرم وكايجاب القيمة مع الحد في شرب
خمر الذمي ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه انه عليه السلام قال لا غرم على سارق بعد ما
قطعت يمينه ولانا لو ضمناه ينتفي وجوب القطع لما عرف ان ضمان العدوان يوجب ملك المضمون من وقت
الاخذ ضرورة ان لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد فتبين انها وردت على ملكه وان القطع كان من حق
لانه لا يقطع على اخذ مال نفسه فكان القول به باطلا ولان القطع خالص حق الله تعالى فلا يجب الا بجناية
واقعة على حقه خالصا بلا شبهة وذلك بان يكون معصوما لله تعالى ليس للعبد فيه حق كالخمر والميتة
فلا يضمن ولو بقي له حق لكان مباحا لذاته حراما لغيره وهو لحق ما لله فكان حراما من وجه دون
وجه فيسقط الحد للشبهة فيصير حراما حقا للشرع فقط كالزنا فلا يضمن الا ان يرد العصمة ومن كونه
معصوما لله تعالى لا يظهر في حق شخص اخر حتى يضمنه بالاتلاف لعدم الضرورة في حقه وكذا في حق السارق
بالنسبة الى الاستهلاك لانه فعل اخر غير السرقة ولا ضرورة اليه في حقه ولذا الشبهة الدارئة للحد
تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره فلا يظهر ما جعله معصوما لحق العبد بالنسبة الى الاستهلاك

لانه فعل آخر غير السرقة فلا يضرون اليه في حقه وكذا الشبهة الدارئة للحد تعتبر فيما هو السبب
وهو السرقة دون غيره فلا يضر ما جعله معصوما حقا للعبد بالنسبة الى الاستهلاك اذ لا يؤدي
الى انتفاء القطع باعتبار ما لا في حقه كما في حق الاجنبي ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام
المقصود فيعتبر الشبهة فيه بمعنى انه لو كان معصوما حقا للعبد في حق الاستهلاك لادى الى سقوط
القطع وكذا ظهر سقوط العصمة في حق الضمان حتى لا يجب عليه ضمانه لانه لو لم يسقط في حقه يلزم ان
يجب مال معصوم بمقابلة مال غير معصوم ولا متقوم فانتفى الضمان لانتفاء المماثلة كما لا يجب
باستهلاك المنافع لهذا المعنى ولا نسلم ان هذا سببان بل هو سبب واحد وهو سرقة مال متقوم
لصيانة اموال الناس لا غير فلا يجب ضمانان مختلفان بسبب واحد كالقصاص مع الدية بخلاف ما اذا
استشهد به لان هناك سببين مختلفين لان ما يجب من الجزاء حقا لله تعالى لا تعلق له بكون المحل معصوما
مملوكا الا يرى انه لو قتل صيدا مملوكا او صيد نفسه او شرب خمر نفسه او قتل عبد نفسه يجب هذه
الاجزية حقا لله تعالى وحق العبد فيه متعلق بالمحل لا عنه فتعدد الموجب لتعدد السبب فافترقا
فان قيل متى انتقلت العصمة حقا لله تعالى ان قلتم قبل السرقة فهذه سبق الحكم على السبب وان قلتم
بعد السرقة فهذا غير مفيد لان السبب صادف محلا محترما حقا للمالك وان قلتم مع السرقة فهو باطل
ايضا لان السرقة وقت الوجود للسبب موجودة فكيف يوجد حكمها **قلنا** انتقلت العصمة قبل السرقة
متصلا بالسرقة لتنعقد السرقة موجبة للقطع ويجوز سبق الحكم على السبب اذا كان ذلك الحكم شرط صحة
ذلك السبب كما في قوله اعتق عبدك عني بالف درهم فقال اعتقت يثبت الملك مقتضى العتق سابقا
عليه ضرورة صحة العتق عنه فكذا هذا **فان قيل** اذا انتقلت العصمة ولم يبق حق المالك فلم يشترط
خصومته **قلنا** ما شرط المالك لذاته بل لاظهار السرقة وليتمكن الامام من القطع حتى لو وجدت
الخصومة من غير المالك اغني به عن المالك **قال** ومن قطع لبعض السرقات لا يضمن شيئا يعني لو سرق
سرقات فقطع في احداها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا وهذا عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها
ولو حضروا جميعا وقطعت بخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق لهما في الخلافية ان المسقط للضمان القطع
وهو حصل للحاضر لانه لا يستوفى الا بخصومته واثباته عند القاضي ولم يوجد ذلك من غيره فيقطع له
خاصة اذ الغائبين بقيت اموالهم معصومة على حالها ولهذا لو حضروا وادعوا السرقة لم يأخذوها
حتى يقيموا البينة على السرقة ولو كانت خصومته للكل لاخذوها كما يأخذ هو وان الواجب بالكل قطع واحد
حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط لظهورها عند القاضي وعند من له الحق
ليعلم لا لوجوب القطع اذ هو بالجناية وصاحب الحق هو الله تعالى وهو لا يخفى عليه خافية فلا حاجة
الى القضاء بل الى الاستيفاء فاذا استوفى كان للكل لعود منفعته الى الكل بخلاف المال لانه حق العبد
فيشترط الخصومة منه ولان القطع متحد فيكون القضاء به للكل بخلاف الاموال **فان قيل** الخصومة
شرط لتصير الخصم بدلا للمال ولهذا لو اختار التضمين لا يقطع ولا يصح البدل من واحد عن الكل **قلنا**
بدل المال سقوط عصمته امر شرعي ثبت بناء على استيفاء القطع لا باختيار العبد الا يرى انه يستوفيه
الحاكم بخصومة من لا يملك البدل كالاب والوصي والمكاتب والعبد المأذون له وعلى هذا الخلاف اذا سرق

من واحد نصابا مرارا ثم قطع لاجل نصاب واحد **قال** ولو شق ما سرق في الدار ثم اخرجه قطع وذلك
مثل ان يسرق ثوبا وشقه نصفين قبل ان يخرجه من الدار ثم اخرجه وقيمته عشرة دراهم بعد الشق فانه
يقطع وقال ابو يوسف لا يقطع لانه احدث فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة فيملك
المضمون فصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار البائع ثم فسخ البيع ولهما ان الشق ليس بسبب
موضوع للملك وانما هو سبب للضمان وانما يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد
ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع مبيعا باعه بخلاف المستشهد به لان البيع
موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب وان اختار تضمين
القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لان ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة
بل اولى لاستناده واقتصار الهبة وهذا اذا كان النقصان فاحشا وان كان يسيرا قطع بالاجماع لانعدام
سبب الملك لعدم اختيار تضمين كل القيمة وترك الثوب عليه ثم يضمن النقصان مع القطع هنا وكذا
اذا كان الخرق فاحشا واختار اخذ الثوب وتضمين النقصان ولا يمتنع هذا التضمين بالقطع لان ضمان
النقصان وجب باتلاف ما فات قبل الاخراج والقطع باخراج الباقي فلا يمتنع كما لو اخذ ثوبين فاحرق
احدهما في البيت واخرج الاخر وقيمته نصاب وذكر الخبازي ان الصحيح انه لا يضمن النقصان لانه
ضمان هذا الثوب فيكون كانه ملك ما ضمن فيكون مشتركا بينهما فينتفي القطع وتكلموا في الفرق بين الفاحش
واليسير فقيل ان ما اوجب الخرق نقصان ربع القيمة فصاعدا فهو فاحش وما دونه يسير وقيل ما لا يصلح الباقي
لثوب تام فهو فاحش واليسير ما يصلح وقيل ما ينتقص به نصف القيمة فاحش وما دونه يسير وما فوقه
استهلاك لان للاكثر حكم الكل والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير
ما لا يفوت به شيء من المنفعة بل يتعيب به فقط وهذا الخيار يثبت ما لم يكن اتلافا واذا كان اتلافا فله تضمين
جميع القيمة من غير خيار ويملك السارق الثوب ولا يقطع وحد الاتلاف ان ينقص اكثر من نصف القيمة ه
قال وان سرق شاة فذبحها فاخرجها لا اي لا يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه **قال**
ولو صنع المسروق دراهم او دنانير قطع وردها اي لو سرق ذهبا او فضة قدر ما يجب فيه القطع فصنعه
دراهم او دنانير قطع ورد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا سبيل
للمسروق منه عليها واصل هذا الخلاف في الغصب في ان الغاصب هل يملك الدراهم والدنانير بهذه
الصنعة ام لا بناء على انها متقومة ام لا فعنده لا يملك لانها لا تتقوم وعندهما يملك لتقومها ثم وجوب
القطع لا يشكل لانه لم يملكها على قوله وقيل على قولهما لا يجب القطع لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار
بالصنعة شيئا آخر فلا يملك عينه وعلى هذا الخلاف اذا اتخذه حليا او آنية **قال** ولو صبغه احمر
قطع لا يرد ولا يضمن اي لو سرق ثوبا فصبغه احمر فقطع لا يجب عليه رده ولا ضمانه وهكذا ذكره في
المحيط والكافي ولفظ صاحب الهداية وان سرق ثوبا فقطع فصبغه احمر لم يؤخذ منه الثوب ولا
يضمن تأخير الصبغ عن القطع ولفظ محمد رحمه الله سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب احمر الى آخره
دليل على انه لا فرق بين ان صبغه قبل القطع او بعده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤخذ
منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه لان عين ماله قائم من كل وجه وهو اصل والصبغ تبع كما ان اعتبار الا

اولى كما في الغاصب ولهما ان صبغ السارق في الثوب قائم صورة ومعنى وحق صاحب الثوب قائم صورة
لا معنى حتى اذا هلك عنده او استهلكه لا يجب عليه الضمان فكان حق السارق احق بالترجيح كالموهوب
له اذا صبغه انقطع حق المالك لما قلنا بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم من كل وجه فرجحنا
جانب الاصل دون التبع **فان قيل** اذا انقطع حق المالك وجب ان يملكه السارق من حين سرق فيمتنع
القطع **قلنا** يجب القطع باعتبار الثوب الابيض وهو لم يملكه بوجه ثم صار كما لو سرق حنطة فطحنها
فانه يقطع بالحنطة وان ملك الدقيق لما قلنا لان ثبوت الملك للسارق فيه لرجحان الصبغ لكونه متقوما
دون الثوب وعدم تقوم الثوب بعد القطع فلا يكون الملك ثابتا قبله **قال** ولو اسود يرد اي
لو صبغ الثوب اسود يرد الثوب على المسروق منه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا سبيل للمسروق منه
على الثوب لان السواد عند ابي حنيفة ليس بزيادة بل نقصان المسروق لا ينقطع حق المالك بخلاف
الزيادة فيرد على المالك وعند ابي يوسف ومحمد السواد زيادة كاللون الزيادة لا ينقطع بها حق المالك
عند محمد بل يرد ويأخذ ما زاد الصبغ وعند ابي يوسف ينقطع ولا يأخذ الزيادة على ما بينا في الحمرة وكذا
اذا قطع الثوب وخاطه لا يسترد منه ۞

باب قطع الطريق ۞

شرائط قطع الطريق في ظاهر الرواية ثلاثة يعني ما يختص به دون السرقة الصغرى احدها ان يكون من قوم لهم
قوة وشوكة ينقطع بهم الطريق والثاني ان لا يكون في مصر ولا فيما بين القرى ولا بين مصرين والثالث ان يكون بينهم
وبين المصر مسيرة سفر لان قطع الطريق انما يكون بانقطاع المارة ولا ينقطعون في هذه المواضع عن النظر
لانهم يلحقهم الغوث من جهة الامام والمسلمين ساعة بعد ساعة فلا يترك المرور والاستطراق وعن ابي يوسف
انهم لو كانوا في المصر ليلا او فيما بينهم وبين المصر اقل من مسيرة سفر يجري عليهم احكام قطاع الطريق
وعليه الفتوى لمصلحة الناس ودفع شر المتغلبة المتلصصة **قال** اخذ قاصد قطع الطريق قبله
حبس حتى يتوب وان اخذ مالا معصوما قطع يده ورجله من خلاف وان قتل قتل حدا وان عفا الولي وان
قتل واخذ قطع وقتل وصلب او قتل وصلب والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله
الاية والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال لان الجنايات متفاوتة والحكمة ان يتفاوت الجزاء
وهو اللائق بحكمة الله تعالى وانما ذكر انواع الجزاء ولم يذكر انواع الجناية لانها معلومة فكان بيانا زجرا لها
اهم وهذا لان انواع الاجزية ذكرت على سبيل المقابلة بالجناية وهي المحاربة وهي معلومة بانواعها
فالتخيير باطلا فيها وبين انواع الجزاء فوجب التقسيم على حسب احوال الجناية اذ ليس من الحكمة ان يسوى
في العقوبة مع التفاوت في الجناية كيف وقد روي ان جبريل عليه السلام نزل بهذا التقسيم في اصحاب
ابي بردة وقال مالك الامام مخير اي شيء شاء من هذه الاجزية فعل بكل واحد من الجناة لان كلمة او تقتضي
ذلك كما في كفارة اليمين وجوابه انها مقابلة بالجنايات فاقتضت الانقسام فتقديره ان يقتلوا ان قتلوا
او يصلبوا ان قتلوا واخذوا المال او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف ان اخذوا المال او ينفوا ان اخافوا بخلاف
كفارة اليمين فانها مقابلة بجناية واحدة وهي الحنث فكانت للتخيير والذي يدل على ما قلنا ما روي
عن ابن عباس في قطاع الطريق اذا قتلوا واخذوا المال قتلوا وصلبوا واذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا
ولم يصلبوا واذا اخذوا المال ولم يقتلوا قطعت ايديهم وارجلهم من خلاف واذا اخافوا السبيل ولم

يأخذوا مالا نفوا من الارض رواه الشافعي في مسنده وحكاه في المنتقى ثم هذه الاحوال اربعة **الاولى** ان
يؤخذ قبل ان يقتل نفسا ولا يأخذ مالا وهو المراد بقوله اخذ قاطع الطريق قبله وبين الهاء ترجع الى غير
مذكور وحكمه انه يحبس حتى يتوب وقال الشافعي المراد من النفي الطلب ليهربوا من كل موضع وهذا
ليس بسديد لان دفع اذاه لا يحصل بذلك لانه يفسد في موضع اخر وان اخرج بالنفي من دار الاسلام ففيه
تعريضه على الردة ولم يعهد نفيا في الشرع ذلك فتعين الحبس لانا عهدناه عقوبة في الشرع وفي نفيه عن
وجه الارض وهو ابلغ وجوه النفي قال القائل ۞ خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها ۞ فلسنا من الاحياء فيها ولا
الموتى ۞ اذا جاءنا السجان يوما لحاجة ۞ عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا ۞ فكان ادفع لشره واشد عقوبة على
ارتكابه المنكر وهو الاخافة **والحالة الثانية** ان يؤخذ بعد ما اخذ المال ولم يقتل النفس واصاب كل
واحد منهم نصابا فانه يقطع يده اليمنى ورجله اليسرى اذا كان المال لمسلم او ذمي لا مستأمن وهو
المراد بقوله وان اخذ مالا معصوما قطع يده ورجله من خلاف لما تلونا ولان جنايته اغلظ من السرقة
الصغرى فكانت عقوبته اغلظ بقطع الطرفين وكان من خلاف لئلا يفوت جنس المنفعة حتى لو كانت يده
اليسرى مقطوعة او شلاء او رجله اليمنى كذلك لا يقطع لما ذكرنا **فان قيل** لما تضاعف قطعه ينبغي ان
يتضاعف نصابه فيكون عشرين درهما **قلنا** تغلظ العقوبة هنا بتغلظ الجناية بمحاربة الله ورسوله
لا بكثرة المأخوذ **والحالة الثالثة** ان يؤخذ وقد قتل النفس ولم يأخذ المال فان الامام يقتله حدا
حتى لو عفا الاولياء لم يلتفت الى عفوهم ولا يشترط ان يكون القتل موجبا للقصاص من مباشرة الحد والالة
لانه حق الله تعالى لوجوبه في مقابلة الجناية على حقه بمحاربته وهو المراد بقوله وان قتل قتل حدا وان عفا
الولي وقال الشافعي الواجب قصاص لانه قتل بلا زيادة قتل قلنا القطع حق الله تعالى فكذا القتل لانه قسيمه
وتسميته جزاء يشعر بذلك لانه اسم لما يجب لله تعالى **والحالة الرابعة** ان يؤخذ وقد قتل النفس واخذ
المال فان الامام فيه مخير ان شاء قطع يده ورجله من خلاف وقتله وصلبه وان شاء قطعه وصلبه وان
شاء قتله وان شاء صلبه وان شاء قطعه من خلاف وقتله وصلبه وهو المراد قطع وقتل وصلب الى اخره وقال
محمد رحمه الله يقتل ويصلب ولا يقطع وابو يوسف في المشهور لان القطع حد على حدة والقتل كذلك
بالنص فلا يجمع بينهما بجناية واحدة وهي قطع الطريق اذ لا يجوز الجمع بين الحدين بجناية واحدة ولانه اجتمع
عليه العقوبة في النفس وما دونها وهما حق الله تعالى فيدخل ما دون النفس في النفس كما لو اجتمع عليه حد
الشرب والسرقة والرجم فانه يكتفى بالرجم ويدخل فيه ما عداه ولابي حنيفة انه وجد الموجب لهما وهو
القتل واخذ المال فيستوفيان وهما حد واحد لاتحاد سببهما وهو قطع الطريق لكن ما يقع به القطع
متفاوت فاذا تناهى بتفويت الامن باخذ المال وقتل النفس تناهت عقوبته وصار هذا كقطع اليد
والرجل فانهما حدان في السرقة الصغرى وحد واحد في الكبرى ولا تداخل في حد واحد بخلاف الحد في
الزنا وغيره وانما التداخل في الحدود ولا يلزم ان للامام ان يقتله او يصلبه ويدع القطع لان ذلك
ليس للتداخل بل لانه ليس عليه رعاية الترتيب في جزاء واحد فله ان يبدأ بالقتل فاذا قتله لا يفيد
القطع بعده كالزاني اذا جلد خمسين جلدة فمات يترك الباقي لعدم الفائدة في اقامته بعد الموت ثم في
ظاهر الرواية هو مخير في الصلب ان شاء فعله وان شاء تركه وعن ابي يوسف انه لا يتركه لانه منصوص

عليه والمقصود منه التشهير ليرتدع به غيره فلا يترك ما امكن قلنا معنى الزجر يتم بالقتل ولم ينقل انه
عليه السلام صلب احدا **قال** ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح حتى يموت لان المقصود الردع وهو
ابلغ من صلبه بعد القتل روى ذلك عن الكرخي وعن الطحاوى انه يصلب بعد القتل ولا يصلب حيا
توقيا عن المثلة لانه عليه السلام نهى عن المثلة ولو بالكلب العقور والاول اصح وهو اردع ولهذا لا
يقتل حزا بالسيف مع الامر باحسان القتلة ونظيره الرجم في الزنا لما قلنا ثم اذا تم له ثلثة ايام من وقت
موته على خشبته يخلى بينه وبين اهله ليدفنوه وعن ابي يوسف انه يترك على خشبته حتى يتقطع ويسقط لانه ابلغ في الارداع
قلنا انه يتغير بعد الثلث فيتاذى الناس به والارداع قد حصل بذلك القدر وغايته غير مطلوبة **قال**
ولم يضمن ما اخذ يعني بعد ما اقيم عليه الحد لما ذكرنا في السرقة الصغرى وكذا لا يضمن ما قتل وما جرح
لذلك المعنى **قال** وغير المباشر يعني في الاخذ والقتل حتى يجرى احكامه على الكل بمباشرة
بعضهم وقال الشافعي لا يحد الا المباشر كحد الزنا **ولنا** انه حكم متعلق بالمحاربة فيستوى فيه الردء
والمباشر كاستحقاق السهم في الغنيمة وهذا لان الردء محارب مفسد ووقوفه ليتمكن المباشر من الاخذ
والقتل هو ان امكنه ويدفع عن المباشر العوائق وينضم المباشر اليه ان تعذر هذا هو المعتاد بينهم ولو اشتغلوا
الكل بالمباشرة لما تهيأ لهم غرضهم فيكونوا الكل محاربين مفسدين فيدخلون تحت قوله تعالى انما جزاء الذين
يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا واى محاربة واى فساد يكون اشد منه ولهذا اجاز قتل
ردء اهل البغى ولولا انه محارب لما جاز فاذا ثبت انه محارب اجرى عليه احكامه بخلاف الزنا لان غير
المباشر لا شركة له فيه صنعا لمكنه وحده **قال** والعصا والحجر والسيف يعني القتل بالعصا او بالحجر كالقتل
بالسيف لان قطع الطريق يحصل باى آلة كانت بل باخذ المال بغير قتل او بمجرد الاخافة على ما مر ثم يكون حده وهو
المناط هنا بخلاف القصاص لانه يعتمد القتل والقصد مبطن لا يعرف فيستدل عليه باستعمال الة القتل
وشرط ذلك لينتفي احتمال قصد التاديب والاتلاف للعضو وما اشبه ذلك **قال** وان اخذ مالا وجرح
قطع وبطل الجرح لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى واستوفى بقطع اليد والرجل سقطت عصمة النفس حقا
للعبد كما تسقط عصمة المال على ما بينا في السرقة الصغرى **فان قيل** الجرح فعل اخر غير الاخذ فينبغي ان
يعتبر حق العبد فيه لان اعتباره لا يودى الى سقوط الحد في الاخذ لانهما فعلان متغايران فيجعل احدهما سببا
لحق العبد لا يمنع الاخر ان يكون سببا لحق الله تعالى بخلاف الاخذ لانه فعل واحد على ما بينا **قلنا**
بل الفعل واحد وهو قطع الطريق واذا وجب حق الله به امتنع حق العبد على ما ذكرنا من قبل **قال**
وان جرح فقط او قتل فتاب او كان بعض القطاع غير مكلف او ذا رحم محرم من المقطوع عليه او قطع بعض
القافلة على البعض او قطع الطريق ليلا او نهارا بمصر او بين مصرين لم يحد فاقاد الولى او عفى **اما** اذا جرح
فقط اى لم يقتل ولم ياخذ مالا فلان هذه الجناية ليس فيها حد فلا يسقط حق العبد اذ السقوط في ضمن استيفاء
الحد ولم يوجد فيكون حكمه بما فيه فيعتبر فيما فيه قصاص ويأخذ الارش في غيره وذلك الى الاولياء وعلى هذا
اذا جرح واخذ من المال دون النصاب او الاشياء التي لا يقطع فيها كالاشياء التافهة والتي يتسارع
اليها الفساد ولو كان مع هذا الاخذ قتل لا يجب الحد ايضا ومن طعن على ما قال ان القتل وحده يوجب
الحد فكيف يمنع مع الزيادة نجوابه ان قصدهم المال غالبا فيتطرق اليه لا غير بخلاف ما اذا اقتصروا على

القتل لانه تبين ان مقصدهم القتل دون المال فيحدون فحدث بين من الغرائب ثم اذا لم يجب الحد يكون
الامر في القصاص والارش الى الاولياء لعدم وجوب الحد **واما** اذا قتل واخذ مالا ثم تاب يعني قبل ان يوجد
فلان هذا الحد لا يقام في هذه الحالة للاستثناء المذكور في الاية او لان التوبة يتوقف على رد المال وبعد
الرد لا يقطع لما ذكرنا في السرقة الصغرى فاذا اسقط الحد صار الامر الى الاولياء في القصاص والارش على
ما بينا **فان قيل** ينبغي ان ينصرف الاستثناء المذكور في الاية الى الذي يليه وهو قوله تعالى ولهم في الاخرة
عذاب عظيم كما في اية القذف فلا يقتضى سقوط الحد بالتوبة **قلنا** في هذه الاية الجمل التي قبل الاستثناء
كلها من جنس واحد اذ الكل جزاء المحاربة فينصرف الاستثناء الى الكل فيرتفع الكل بالتوبة بخلاف الاستثناء في
اية القذف لان الجملة التي تليه خلاف جنس الجمل المتقدمة اذ هي لا تصلح جزاء للقذف وانما هي اخبار عن
حاله بانه متصف بالفسق فكانت فاصلة بينه وبين ما قبلها من الجمل فيعود اليها فقط **واما** اذا كان
بعض قطاع الطريق غير مكلف بان كان صبيا او مجنونا فلان هذه الجناية واحدة قامت بالكل فاذا لم
يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وانه لا يثبت الحكم كالعامد والمخطئ اذا اشتركا في القتل
حيث لا يجب القود وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء يحد الباقون لان المباشر اصل والردء تبع ولا خلل في
مباشرة الاصل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم وعلى هذا السرقة الصغرى **وقوله**
او بعض القطاع غير مكلف يدل على ان المراة اذا قطعت الطريق يجرى عليها الاحكام لانها مكلفة وقيل
لا يكون قاطعة طريق لان بنيتها لا تصلح للحراب وعن ابي يوسف انها تقطع ولا تصلب والاخرس في هذا
كالصبي خلافا لابي يوسف ذكره في البدائع **واما** اذا كان بعض القطاع ذا رحم محرم من المقطوع عليهم
فلان الجناية متحدة فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن
لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وذلك خاص به يختص الامتناع حتى اذا وقع القتل والاخذ على المستامن
خاصة لا يجب عليهم الحد وان وقع على غيره او عليهما يجب وكان ابو بكر الرازى رحمه الله يقول هذه المسئلة
محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من احدهم حتى لا
يجب الحد باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم ويصير شبهة في نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم لان الماخوذ
شيء واحد فاذا امتنع في حق احدهم بسبب القرابة امتنع في حق الباقين اما اذا لم يكن المال مشتركا بينهم فان لم
ياخذوا المال الا من ذي الرحم المحرم فكذلك وان اخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المال الماخوذ من
الاجنبي والصحيح يجرى على اطلاقه لما ذكرنا واذا اسقط الحد كان القصاص والتضمين الى الاولياء لانه
حقهم ولم يوجد ما يسقطه واما اذا قطع بعض القافلة على البعض فلان الحرز واحد فصارت القافلة
كدار واحدة **واما** اذا قطع الطريق بمصر او بين مصرين فلان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك
في مثل هذه الاماكن لان الغوث يلحقهم ساعة فساعة فلا يمكنهم المكث فيه ولانه بسبب محاربة الله
تعالى وهي يتحقق في المفازة لان المسافر لا يلحقه الغوث فيها فيسير في حفظ الله تعالى معتمدا عليه فمن
تعرض له يكون محاربا لله تعالى واما في المصر وفي القرب منه فيلحقه الغوث من السلطان والمسلمين
فيكون اعتماده عليهم فيتمكن النقصان في فعل من يتعرض له من حيث محاربة الله تعالى فلا يحد وقال
الشافعي رحمه الله يكون قاطع الطريق في المصر وهو القياس لوجود حقيقة القطع وعن ابي يوسف انهم

ان قصدوا في المصر بالسلاح يجري عليهم احكام قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث فلا يلحقهم الغوث وان قصدوا
بالحجر او الخشب فان كان خارج المصر فكذلك الحكم لان الغوث لا يلحقهم وان كان يقرب منه وان كان في المصر
فان كان بالليل فكذلك ايضا لان الغوث لا يلحقهم وان كان بالنهار لا يجري عليهم حكم قطاع الطريق واستحسن
المشايخ هذه الرواية وبه يفتى وعن ابن سماعة عن ابي يوسف في المحاربين بالليل اذا لم يقدروا واهل الدار على
الامتناع منهم فهم محاربون واما بالنهار فهم مختلسون حتى يكونوا لا يقدر عليهم غير السلطان والمحاربين
اذا كان اهل القرية لا يقدرون على الامتناع منهم محاربون وقال بعض المتاخرين جواب ابي حنيفة بما شاهد في
زمانه فان الناس في ذلك الزمان كانوا يحملون السلاح في المصر والقرى فلا يتمكن القاصد من قطع الطريق
الا نادرا فلا يبنى الحكم على النادر واما في زماننا فقد ترك الناس هذه العادة فيتحقق قطع الطريق في الامصار
والقرى **وقوله** فان شاء الولي عفى يعني ان شاء اقتص وان شاء عفى في هذه الصورة لانه لما لم يجب الحد فيها
ظهر حق العبد لان سقوطه كان في ضمن اقامة الحد ولم يوجد فكان استيفاؤه اليه ان شاء استوفى وان شاء
عفى في القصاص والمال **قال** ومن خنق في المصر غير مرة قتل به يعني سياسة لانه ساعى في الارض
بالفساد فيقتله الامام دفعا لشره وفتنته عن العباد وفي قوله غير مرة اشارة الى انه لا يقتل الا اذا تكرر
منه وهي مسألة القتل بالمثقل على ما يجيء في موضعها ان شاء الله تعالى ومن السياسة ما حكي عن الفقيه ابي بكر
الاعمش ان المدعى عليه السرقة اذا انكر فللامام ان يعمل فيه بأكبر رأيه فان غلب على ظنه انه سارق وان المال
المسروق عنده عاقبه ويجوز ذلك كما لو رآه جالسا مع الفساق في مجلس الشراب وكما لو رآه يمشي مع السراق
وبغلبة الظن اجازوا قتل النفس كما اذا دخل عليه رجل شاهرا سيفه وغلب على ظنه انه يقتله وحكي
ان عصام بن يوسف دخل على امير بلخ فاتي بسارق فانكر السرقة فقال الامير لعصام ماذا يجب عليه
فقال على المدعي البينة وعلى المنكر اليمين فقال الامير هاتوا بالسوط فما ضرب عشرة حتى اقر واحضر السرقة
فقال عصام ما رأيت جورا اشبه بالعدل من هذا ۞

كتاب السير

قال هي جمع السيرة واصل السيرة حالة السير الا انها غلبت في الشرع على امور المغازي وما
يتعلق بها كالمناسك على امور الحج **قال** رحمه الله الجهاد فرض كفاية ابتداء يعني يجب علينا ان نبدأهم
بالقتال وان لم يقاتلونا لقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة وقاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم
الاخر وقال انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم وانفسكم وقوله عليه السلام الجهاد فرض منذ
بعثني الله الى ان يقاتل اخر امتي الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل وقوله عليه السلام امرت
ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وعليه اجماع الامة وكونه فرضا على الكفاية لانه
لم يشرع لعينه اذ هو قتل وافساد في نفسه وانما شرع لاعلاء كلمة الله تعالى واعزاز دينه ودفع الفساد عن
العباد فاذا حصل من البعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام ولان في اشتغال الكل
قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فينقطع الجهاد بسبب ذلك فينبغي ان يتولى البعض الجهاد والبعض
التجارة والحرث والحرف التي يقوم بها المصالح والمؤونة فوجب على الكفاية والذي يدل على انه فرض
كفاية قوله تعالى لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير اولي الضرر الى قوله وكلا وعد الله الحسنى وعد
القاعد الحسنى ولو كان فرض عين لاثم وكانت الصحابة يغزو بعضهم ويقعد البعض ولو كان فرض عين لما

قعدوا وهذا هو الذي تقرر عليه امر الجهاد وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم مأمورا بالصفح والاعراض
عن المشركين كما قال تعالى فاصفح الصفح الجميل وقال تعالى واعرض عن المشركين ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة
والمجادلة بالحسنة قال تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن
ثم امر بالقتال اذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى اذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا اي اذن لهم في الدفع ثم
امر بالقتال ابتداء في بعض الازمان بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
ثم بالبداءة مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن باسرها بقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة الى غير ذلك
من الايات والاخبار المطلقة وقد حاصر رسول الله صلى الله عليه وسلم الطائف لعشر بقين من المحرم والمحاصرة
نوع من القتال فهذا يدل على ان حرمة القتال في الاشهر الحرم منسوخ **قال** فان قام به قوم سقط
عن الكل لحصول المقصود بذلك على ما بينا انه مشروع لغيره فاذا حصل المقصود بالبعض كفى **قال**
والا اثموا بتركه اي ان لم يقم به احد اثم الكل بتركه لانه واجب على الكل فيأثمون بتركه **قال** ولا يجب
على صبي وامرأة وعبد واعمى ومقعد واقطع لقوله تعالى ليس على الاعمى حرج الاية نزلت في اصحاب الاعذار
حين اهتموا بالخروج مع النبي صلى الله عليه وسلم لما نزلت اية التخلف ولانهم عاجزون والتكليف بالقدرة
ولان الصبي مظنة المرحمة فلا يؤتى به الى المهلكة والمرأة والعبد مشغولان بخدمة الزوج والمولى وحقهما
مقدم على حق الشرع لحاجتهما وغنى الشرع **قال** وفرض عين ان هجم العدو فتخرج المرأة والعبد
بلا اذن زوجها وسيده لان المقصود لا يحصل الا باقامة الكل فيجب على الكل وحق الزوج والمولى لا يظهر في
حق فروض الاعيان كالصلاة والصيام بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهم كفاية فلا ضرورة الى ابطال حقهما
وكذا الولد يخرج بغير اذن والديه وفي غير النفير العام لا يخرج الا باذنهما وكذا كل سفر فيه خطر لان
الاشفاق عليه يضرهما وان لم يكن فيه خطر فلا بأس ان يخرج بغير اذنهما اذا لم يضيعهما والاجداد والجدات
مثلهما عند عدمهما وكذا المدين لا يخرج الا باذن الدائن الا في النفير العام والاصل فيه قوله تعالى انفروا خفافا
وثقالا الاية اي اخرجوا الى الجهاد شبانا وشيوخا ركبانا ومشاة او فقراء واغنياء وقد جاء في التفسير خفافا
شبانا اغنياء وثقالا شيوخا فقراء وهذا ابلغ وفي الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى
يحتاج اليهم فقوله في سعة اشارة الى ان مباشرة القتال لا يجب في كل وقت بل الاستعداد له كاف وقوله حتى
يحتاج اليهم اشارة الى ان مباشرة القتال فرض على الكل عند الحاجة اليهم وهو النفير العام لان المقصود حينئذ
لا يحصل الا باقامة الكل فيفترض عليهم مباشرته وذكر في النهاية معزيا الى الذخيرة اذا جاء النفير انما يصير
فرض عين على من يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد فاما من وراءهم يبعد من العدو فان كان الذين هم
بقرب من العدو عاجزين عن مقاومة العدو او قادرين الا انهم لا يجاهدون لكسل بهم او تهاون افترض على
من يليهم فرض عين ثم من يليهم كذلك حتى يفترض على هذا التدريج على المسلمين كلهم شرقا وغربا وعلى هذا التفصيل
صلاة الجنازة وتجهيزها **قال** ويكره الجعل ان وجد فيء والمراد به ان يضرب الامام الجعل على
الناس للذين يخرجون الى الجهاد لانه يشبه الاجر على الطاعة فحقيقته حرام فيكره ما اشبهه ولان مال
بيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا من جملته **قال** والا لا اي ان لم يوجد في بيت المال فلا يكره
لان الحاجة الى الجهاد ماسة وفيه تحمل الضرر الادنى لدفع الاعلى وقد اخذ النبي صلى الله عليه وسلم

دروعًا من صفوان عند الحاجة بغير رضاه وعمر رضي الله عنه يغزي العزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص
فرس القاعد وهل يكره أيضًا لما بينا والصحيح الأول لأنه تعاون على البر وجهاد من البعض بالمال ومن البعض
بالنفس وأحوال الناس مختلفة فمنهم من يقدر على الجهاد بالنفس والمال ومنهم من يقدر بأحدهما وكل ذلك واجب
لقوله تعالى وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم وقوله إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة يقاتلون
في سبيل الله وقال تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال عليه السلام المؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضًا
وأطلق الإباحة في السير ولم يقيده بشيء واستدل عليه بقوله عليه السلام مثل المؤمن يغزو بأجر كمثل أم موسى
ترضع ولدها لنفسها وتأخذ عليه الأجر وكانت تأخذ عليه الأجر وكانت تأخذ من فرعون دينارًا كل يوم
قال فإن حاصرناهم ندعوهم إلى الإسلام لما روي عن ابن عباس أنه قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه
وسلم قومًا قط إلا دعاهم رواه أحمد وقال عليه السلام لفروة بن مسيك لا تقاتلهم حتى تدعوهم إلى الإسلام
رواه أحمد **قال** فإن أسلموا وإلا إلى الجزية أي فإن أسلموا كففنا عنهم قتالهم لحصول المقصود وقال عليه
السلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها ولا
بد من أن يؤمن برسول الله صلى الله عليه وسلم وإنما اكتفى بكلمة التوحيد لأنهم كانوا يعتقدون الشرك فإذا
وحّدوا علم بذلك أنهم آمنوا بمحمد عليه السلام لأنهم لم يعرفوا ذلك إلا منه عليه السلام **وقوله** وإلا إلى الجزية
أي إن لم يقبلوا الإسلام يدعوهم إلى أداء الجزية لما روي أنه عليه السلام كان إذا أمّر أميرًا على جيش أو سرية
أمره به في حديث فيه طول رواه أحمد ومسلم والترمذي وصححه ولأنه أحد ما ينتهي به القتال لقوله تعالى
حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فوجب الدعوة إليه كما يجب إلى الإسلام وهذا في حق من يقبل منه
الجزية كأهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم وأما من لا يقبل منه كالمرتدين وعبدة الأوثان من العرب
فلا يدعوهم إلى أداء الجزية لعدم الفائدة إذ لا يقبل منهم إلا الإسلام قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون **قال**
فإن قبلوا فلهم ما لنا وعليهم ما علينا أي إن قبلوا أداء الجزية لقول علي رضي الله عنه إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم
كدمائنا وأموالهم كأموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا بالإعطاء المذكور في الآية لأن العصمة تحصل لهم
قبل أدائها بمجرد القبول **قال** ولا نقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام لما روينا ولأنهم بالدعوة إليه
يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سبي الذراري وسلب الأموال فلعلهم يجيبون فيحصل المقصود بلا قتال
ومن قاتلهم قبل الدعوة يأثم للنهي عنه ولا يغرم لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار فصار كقتل
من لا يقاتل منهم وقال الشافعي يضمنون والحجة عليه ما بينا **قال** وندعو ندبًا من بلغته أي يدعو
استحبابًا من بلغته الدعوة مبالغة في الإنذار ولا يجب ذلك لما روي عن البراء بن عازب أنه قال بعث رسول
الله صلى الله عليه وسلم رهطًا من الأنصار إلى أبي رافع فدخل عبد الله بن عتيك بيته ليلًا فقتله وهو نائم رواه
أحمد والبخاري وقال في المحيط قالوا تقديم الدعوة إلى الإسلام على القتال كان في ابتداء الإسلام حين لم تنتشر
الإسلام ولم تستفض وأما بعدما انتشر واستفاض وعرف كل مشرك إلى ماذا يدعى حل له القتال قبل ويقوم
ظهور الدعوة وشيوعها مقام دعوة كل مشرك وهذا صحيح ظاهر والدليل عليه ما روي عن ابن عون أنه قال
كتبت إلى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب إلي إنما كان ذلك في أول الإسلام وقد أغار رسول الله صلى
الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وأنعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم وأصاب

الدعوة صح

يومئذ جويرية ابنة الحارث حدثني به عبد الله بن عمر وكان في ذلك الجيش رواه أحمد ومسلم والبخاري
وعن أنس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا غزا قومًا لم يغز حتى يصبح فإن سمع أذانًا أمسك وإن لم يسمع أغار
بعدما يصبح رواه أحمد والبخاري والإغارة لا تكون بعد الإعلام فإذا كان ذلك في زمنه عليه السلام
لاشتهار الإسلام فما ظنك في زماننا وقد اشتهر وبلغ الشرق والغرب فلا تجب الدعوة بعد علمهم بالعناد ولأنهم
لو اشتغلوا بالدعوة ربما يتحصنون فلا يقدر عليهم **قال** وإلا نستعين بالله ونحاربهم بنصب المجانيق
وحرقهم وغرقهم وقطع أشجارهم وإفساد زروعهم ورميهم وإن تترسوا ببعضنا ونقصدهم أي إن لم يقبلوا
الجزية نستعين بالله تعالى عليهم ونحاربهم بهذه الأشياء التي ذكرها وبكل ما يمكن فيه كسر شوكتهم وإلحاق الضرر
بهم لما روي أنه عليه السلام كان يقول في وصيته أمراء الجيش فإن هم أبوا فاسألهم الجزية فإن أجابوك
فاقبل منهم وكف عنهم وإن هم أبوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم رواه مسلم ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه
والمدمر على أعدائه فيستعان به في كل الأمور ويقاتل بكل ما يمكن لما روى الترمذي عن النبي صلى الله عليه وسلم
نصب المجانيق على أهل الطائف وأحرق رسول الله صلى الله عليه وسلم البويرة وكان فيها نخل حتى قال الشاعر
وهان على سراة بني لؤي حريق بالبويرة مستطير وصح أنه عليه السلام قطع النخل وقال الله
تعالى في ذلك ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله رواه أحمد والبخاري ومسلم ولأن في
ذلك كله إلحاق الغيظ بهم وكبتهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعًا وقد قال الله تعالى ولا يطؤون
موطئًا يغيظ الكفار **وقوله** ورميهم وإن تترسوا ببعضنا ونقصدهم يعني نحاربهم ونرميهم وإن تترسوا
بالمسلمين ونقصدهم بالرمي دون المسلمين وقال الحسن بن زياد إذا علم أن فيهم مسلمًا وأنه يتلف بذلك
لا يحل لأن الإقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا ترى أن للإمام أن لا يقتل الأسارى لمنفعة
المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم من ذلك الوجه ونحن نقول أمرنا بقتالهم فلو اعتبرنا هذا المعنى أدى إلى
سد باب الجهاد لأن حصونهم ومدائنهم لا تخلو عن مسلم ولأن في الرمي دفع الضرر العام بإلحاق ضرر خاص
فكان أولى ألا ترى أنه يجوز لنا أن نفعل ذلك بهم وإن كان فيهم من لا يجوز لنا قتله كنسائهم وصبيانهم والرهبان
والشيوخ ونقصد بالرمي الكفار لأنا إن لم نتميز بالنية يمكن وإن لم يمكنه فعلًا والتكليف بحسب الطاقة
وإن أصابوا منهم فلا دية عليهم ولا كفارة وقال الشافعي تجب فيه الدية والكفارة لأنه قتل مسلمًا خطأ
فيجب موجبه ولأن الإطلاق للضرورة ولا تنافي الضمان كأكل مال الغير حالة المخمصة **ولنا** أن الجهاد
فرض فلا يجامعه الغرامة كتعزير الإمام وحده والبزاغ والفصاد لأنه الغرامة تعقد بخلاف ما ذكر
لأن أكل مال الغير حالة المخمصة ليس بفرض وإنما هو رخصة حتى كان تركه أولى لكونه أخذًا بالعزيمة
وبخلاف المرور على الطريق وضرب الزوجة لأنه مطلق وليس بفرض عليه فيكون مقيدًا بشرط السلامة
قال ونهينا عن إخراج مصحف وامرأة في سرية يخاف عليها لما في ذلك من تعريض المصحف
على الاستخفاف وهو المراد بقوله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو [illegible]
القرآن وذكر الطحاوي أن هذا النهي كان في ابتداء الإسلام حين كانت المصاحف والقراء قليلين فيخاف
ذهاب شيء من القرآن ثم انتسخ ذلك حين كثرت المصاحف والقراء عن ظهر القلب والأول أصح وأحوط وهذا
فيه تعريض المرأة على الضياع والفضائح فيكره إخراجها وإن دخل لهم بأمان فلا بأس بأن يحمل معه المصحف

فيه صح

اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم الخيانة والجري على العادة وان كان العسكر عظيما فلا باس
باخراج العجائز للخدمة من الطبخ والخبز ومعالجة المرضى وغير ذلك لان الغالب فيها السلامة اذا كانت
الشوكة لهم والغالب كالمتحقق ولا يباشرون القتال الا عند الضرورة لانه يستدل به على ضعفهم فيجترئ عليهم
العدو واما الشواب منهن فقرارهن في البيت اسلم والاولى ان لا يخرجوا النساء اصلا خوفا من الفتن وربما
جرهم امرهن فيشتغلوا عنهن فلا يتمكن من الدفع وان لم يكن لهم بد من الاخراج للمباضعة فالاماء دون الحرائر لان
حكم اختلاط النساء بالرجال في حق الاماء اخف الا ترى انه لا باس للامة ان تسافر بغير محرم وقضاء الشهوة
والخدمة يحصل بهن فلا حاجة الى الحرائر **قال** وغدر وغلول لما انه عليه السلام نهى عنهما وكلاهما
هو الخيانة الا ان الغلول في المغنم خاصة والغدر اعم **قال** ومثلة لما روي عن صفوان بن عسال قال
بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في سرية فقال سيروا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله
ولا تمثلوا ولا تغدروا ولا تغلوا ولا تقتلوا وليدا رواه احمد وابن ماجه وفي شرح المختار المثلة بعد الظفر بهم
ولا باس بها قبله لانه ابلغ في كبتهم واضر بهم وهذا حسن ونظيره الاحراق بالنار **قال** وقتل امراة
وغير مكلف وشيخ فان واعمى ومقعد لما روي انه عليه السلام نهى عن قتل النساء والصبيان رواه البخاري
ومسلم وجماعة اخر وعن انس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى
ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امراة الحديث رواه ابو داود ولان الادمي
خلق معصوم الدم ليمكنه تحمل اعباء التكاليف واباحة القتل عارض بحرابه لدفع شره ولا يتحقق منهم الحراب
فبقوا على اصل العصمة وعلى هذا الرهبان الذين لا يقاتلون والمقطوع احدى يديه واحدى رجليه او اليمنى
والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى لان القتل عنده جزاء الكفر وقد تحقق قلنا الدنيا دار التكليف
وليست بدار الجزاء وانما وجب في مقابلته بعض الجنايات في الدنيا لتنتظم مصالح العباد لان السفهاء لا
ينتهون بمجرد الوعيد **قال** رحمه الله الا ان يكون احدهم ذا راي في الحرب او ملكا فحينئذ يقتل لان في
قتله كسر شوكتهم وازالة ضررهم عن المسلمين وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة
وكان ابن مائة وعشرين سنة وقيل ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب راي وهو اعمى فاذا كان يجوز قتل
صبيان المسلمين لمصلحة المسلمين فقتل صبيانهم اولى اذا كان فيه مصلحة بان كان ملكا وان لم يكن فيه مصلحة
لا يقتل الا اذا قاتل فيقتل دفعا وكذا المجنون لا يقتل الا ما دام يقاتل وغيرهما لا باس بقتله بعد الاسر اذا
كان قد قاتل لانه من اهل العقوبة في الجملة لتوجه الخطاب عليه وان كان المجنون يفيق في بعض الاوقات فهو
في حال افاقته كالصحيح فيقتل قاتل او لم يقاتل **قال** وقتل اب مشرك لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا
معروفا ولان البداءة بالقتل من المعروف ولانه تسبب لاحيائه فلا يكون هو سببا لافنائه **قال**
ويابى الابن ليقتله غيره يعني اذا ادركه في الصف او غيره لا يقتله بل يمتنع عنه حتى يقتله غيره لان المقصود
يحصل بغيره من غير ارتكابه المحظور وان لم يكن ثم من يقتله لا يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربا على المسلمين ولكنه
يلجئه الى مكان يستمسك به حتى يجيء غيره فيقتله وان قصد الاب قتله ولم يمكنه دفعه الا بقتله فلا باس
بقتله لان هذا دفع عن نفسه وانما لحياته وهو له ان يدفع اباه المسلم بالقتل اذا قصد الاب قتله فالكافر
اولى ولكن له ان يؤثر حياته الا ترى انه لو كان للابن ماء يكفي احدهما فللابن ان يشربه وان كان الاب يموت

عطشا ولهذا يحبس الاب بنفقة ولده دون دينه لانه يمنع النفقة قصدا لاتلافه فكان الحبس فيه من باب
دفع الهلاك ومع هذا لو قتله لا يجب عليه شيء لعدم العاصم وقد قال عمير بن مالك قال رجل لرسول الله
صلى الله عليه وسلم لقيت ابي في العدو فسمعت منه مقالة لك فقتلته فسكت رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولو كان فيه شيء لبينه اذ هو موضع الحاجة واجداده وجداته من قبل الاب والام كابويه حتى لا يبتدئهم
بالقتل ولا يكره قتل اخيه وخاله وعمه المشركين لانهم ليسوا كالاصول الا ترى انه لا يجب عليه نفقتهم مع
اختلاف الدين بخلاف اخيه الباغي حيث لا يجوز له قتله لانه يجب احياؤه بالانفاق عليه لاتحاد الدين فكذا
ترك القتل وكذلك يجوز له قتل ابنه الكافر لانه لا يجب عليه احياؤه ولهذا لا يجب عليه نفقة ابنه المحارب
قال ويصالحهم ولو بمال ان خيرا اي يصالح الامام اهل الحرب ان كان الصلح خيرا للمسلمين لقوله تعالى
وان جنحوا للسلم فاجنح لها اي مالوا للصلح وصالح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة عشر سنين على
ان يضعوا الحرب بينهم وكان في ذلك نظر للمسلمين لمواطاة كانت بينهم وبين اهل خيبر ولان الصلح جهاد في المعنى
اذا كان فيه مصلحة اذ المقصود من الجهاد دفع الشر ولا يقتصر الحكم على المدة المذكورة بل يجوز اكثر اذا كان
فيه الخيرية لاطلاق النص بخلاف ما اذا لم يكن فيه خير حيث لا يجوز لقوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم
الاعلون ولانه لما لم يحصل فيه دفع شرهم كان الصلح تركا للجهاد صورة ومعنى وهو فرض فلا يجوز تركه من
غير عذر **وقوله** ولو بمال اي بمال ياخذه المسلمون منهم لانه اذا جاز بغير مال فبالمال اولى اذا كان بالمسلمين
حاجة لما بينا انه جهاد في المعنى وان لم يكن لهم حاجة لا يجوز لانه ترك الجهاد صورة ومعنى والماخوذ من المال
يصرف مصارف الجزية لانه ماخوذ بقوة المسلمين كالجزية الا اذا نزلوا بدارهم للحراب فحينئذ يكون غنيمة
لكونه ماخوذا بالقهر وحكمه معروف ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الصلح بمال ياخذونه من المسلمين لا
يفعل الامام ذلك لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة بالمسلمين وفي الخبر ليس للمؤمن ان يذل نفسه الا اذا
خاف الهلاك لان دفع الهلاك باي طريق امكن واجب وقد اراد رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الاحزاب
ان يصرفهم عن المسلمين بثلث ثمار المدينة كل سنة فقال سيدا الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضي الله عنهما
يا رسول الله ان كان هذا عن وحي فامض لما امرت به وان كان رايا رايته فقد كنا في الجاهلية لم يكن لنا ولا
لهم دين فكانوا لا يطمعون في ثمار المدينة الا بشرى او قرى فاذ اعزنا الله تعالى وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية
لا نعطيهم الا السيف فقال عليه السلام اني رايت العرب رمتكم عن قوس واحدة فاحببت ان اصرفهم عنكم فان
ابيتم ذلك فانتم وذلك وسر عليه السلام بذلك فقال اذهبوا لا نعطيكم الا السيف وميلانه عليه السلام
في الابتداء دليل على انه يجوز عند خوف الهلاك وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطي المؤلفة قلوبهم
لدفع ضررهم وكان ذلك جهادا معنى **قال** ونبذ لو خيرا معناه لو صالحهم الامام ثم راى نقض الصلح
اصلح نبذ اليهم وقاتلهم لان المصلحة لما تبدلت كان النقض جهادا صورة ومعنى وابقاء العهد ترك الجهاد
صورة ومعنى ولا بد من النبذ اليهم لقوله تعالى فانبذ اليهم على سواء ولان الغدر به ينتفي فكان واجبا
ونبذ عليه السلام الى اهل مكة ويكون النبذ على الوجه الذي كان الامان فان كان منتشرا يجب ان يكون النبذ
كذلك وان كان غير منتشر بان امنهم واحد من المسلمين سرا يكتفى بنبذ ذلك الواحد وهو على قياس الاذن
بالحجر فان الحجر يكون على الوجه الذي كان الاذن فيه من الجهر والسر ثم بعد النبذ لا يجوز قتالهم حتى

مضى عليهم زمان يتمكن فيه ملكهم من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته وان كانوا خرجوا من حصونهم وتفرقوا في البلاد
وفي عساكر المسلمين او خربوا حصونهم بسبب الامان حتى يعودوا كلهم الى مأمنهم ويعمروا حصونهم مثل ما
كانت توقيا عن الغدر وهذا اذا صالحهم مدة ثم رأى نقضه قبل مضي المدة واما اذا مضت المدة يبطل الصلح
بمضيها فلا ينبذ اليهم ولو كانت الموادعة على جعل فنقضه قبل مضي المدة رد عليهم بحصته لانه مقابل
بالامان في المدة فيرجعون بما لم يسلم لهم الامان فيه **قال** ونقاتل بلا نبذ لو خان ملكهم لان النبذ
لنقض العهد وقد انتقض بالخيانة منهم فلا يتصور نقضه بعد ذلك وكذا اذا دخل دار الاسلام جماعة منهم
لهم منعة باذن ملكهم وقاتلوا المسلمين علانية لما ذكرنا وان كان دخولهم بغير اذن ملكهم انتقض العهد في حقهم
لا غير حتى يجوز قتلهم واسترقاقهم لانهم استبدوا بانفسهم فينتقض العهد في حقهم ولا ينتقض في حق غيرهم
لان فعلهم لا يلزم غيرهم وان لم تكن لهم منعة لم يكن نقضا للعهد **قال** والمرتدين بلا مال اي نصالح المرتدين
بلا اخذ مال منهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تاخير القتال لطمعه اذا كان في التاخير مصلحة للمسلمين
كما في اهل الحرب وانما لم يوخذ منهم المال لانه يشبه الجزية لان كل واحد منهما ترك القتال بالمال غير ان الجزية مؤبدة
وهذا موقت وهم لا يقبل منهم الجزية فكذا هذا **قال** فان اخذ لم يرد اي ان اخذ المال منهم على الصلح
لا يرده عليهم لان اموالهم غير معصومة فجاز اخذها بغير رضاهم وعلى هذا اذا طلب اهل البغي الموادعة
اجيبوا اليها ان كان فيه مصلحة لاهل العدل ولا يوخذ منهم شيء لانه لا يجوز وضع الجزية عليهم واموالهم معصومة
قال ولم نبع منهم سلاحا اي من اهل الحرب لانه عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تقويتهم فيحرم
وكذا الكراع والحديد لما فيه من تقويتهم على الحرب لان الحديد اصل السلاح وكذا بعد الصلح لانه على شرف
النقض والانقضاء وكذا الرقيق لانهم يتوالدون عندهم فيعودون حربا علينا ولا فرق بين ان يكون مسلما
او كافرا لما ذكرنا ثم ما يمنع من الرجوع به الا اذا اسلم العبد وان بادل شيئا مما ذكرنا بجنسه لا يمنع من الدخول
به الا اذا كان خيرا او باعه بدراهم ثم اشتراه ثم اشترى غيره يمنع مطلقا ولا يمنع من ادخال الطعام
والقماش والقماش ان يمنع لان فيه تقويتهم الا انا تركناه بما روي عنه عليه السلام امر ثمامة ان يمير
اهل مكة **قال** ولا نقتل من امنه حر او حرة لان امان واحد حر من المسلمين كافرا واحدا او جماعة صحيح
لقوله صلى الله عليه وسلم ذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم رواه احمد الذمة العهد وادناهم اي اقلهم
عددا وهو الواحد فانه يتولى العهد المويد والموقت وقال عليه السلام ان المراة لتاخذ للقوم اي تجير
رواه احمد والترمذي وقال حديث حسن غريب واجاز عليه السلام امان ام هانئ رجلا من المشركين يوم
فتح مكة فيما رواه مسلم والبخاري واحمد ولان الواحد من اهل القتال بنفسه وبماله او بماله ومن اهل
منعة الاسلام فيخافونه فيتحقق امانه في حقه لولايته على نفسه ثم يتعدى الى غيره ضرورة عدم التجزي لكون
سببه لا يتجزى وهو الاسلام فصار كولاية التزويج بيانه انه لا يتجزى ان العصمة من القتل والحرمة من
الاسترقاق والاستغنام لا يتصور ان يثبت في بعض الشخص دون بعضه وما لا يتجزى لا يثبت الا كاملا
فيثبت في الكل في حق الكل لانه لمصلحة الكل فيقوم الواحد مقام الكل لتعذر اجتماع الكل وشرط ان يكون
العاقد حرا لان الرقيق ليس من اهل الجهاد فلا يخافه فلم يحصل له الامن منه حتى يتعدى الى غيره **قال**
وينبذ لو شرا اي ينبذ الامام الواحد اذا كان شرا رعاية لمصالح المسلمين واحترازا عن الغدر وقال رسول الله

صلى الله عليه وسلم لكل غادر لواء يوم القيامة يعرف به رواه احمد والبخاري ومسلم وينبذ به الامام لانفراده
برايه بخلاف ما اذا كان فيه مصلحة لانه ربما تفوت بالتاخير فيتعذر **قال** وبطل امان ذمي
لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلم ولم يوجد منه سبب الامان ايضا وهو الايمان الا اذا امره امير
العسكر ان يؤمنهم فيجوز امانه لزوال ذلك المعنى براي المسلم **قال** واسير وتاجر لانهما مقهوران
تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يكون من الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولو جاز
مثل هذا لتحصنوا بامانه كلما اشتد عليهم الامر فيؤدي الى سد باب الفتح وكذا امان المسلم الذي اسلم في دارهم
ولم يهاجر الينا وكذا لو دخل مسلم في عسكر اهل الحرب في دار الاسلام وامنهم لا يصح امانه لانه مقهور بمنعتهم
فلا يصح الا اذا امنهم من يقاومهم بخلاف ما اذا امن عشرين ونحوهم في دار الاسلام حيث يجوز امانه لان الواحد
وان كان مقهورا باعتبار نفسه حيث لا يقاومهم لكنه قاهر ممتنع بقوة المسلمين اذ هم لا يمتنعون عن جماعة
المسلمين فكان قاهرا لهم حكما بخلاف الجيش فانهم ممتنعون فلا يكون فيه قهره حقيقة ولا حكما الا ترى ان قوما
من اهل الحرب لو دخلوا دارنا بغير امان كانوا فيئا ولو دخل جند عظيم منهم فقاتلهم قوم من المسلمين حتى
قهروهم كانوا لهم خاصة لعدم صيرورتهم مقهورين بحصولهم في دار الاسلام وعلى هذا التفصيل لو اخرجهم
واحد من دار الحرب الى دار الاسلام او في دار الحرب الى عسكر المسلمين لانهم يخرجون بشوكتهم اذا كانوا جندا
عظيما والا فالامان فلا يجوز غدرهم **قال** وعبد محجور اي لا يجوز امان عبد محجور عليه عن القتال
وقال محمد والشافعي يجوز امانه وابو يوسف مع محمد فيما ذكره الكرخي ومع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي
لمحمد والشافعي ما روينا من قوله عليه السلام ذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم اي ادناهم حالا وهو
العبد ولانه مؤمن من اهل القتال فيخافونه فيكون اهلا للامان كالماذون له في القتال وهذا لان الاذن تاثيره
في رفع المانع لا في اثبات الاهلية لمن ليس باهل واهلية هذا التصرف بالايمان والامتناع ولهذا لو عقد
معهم عقد الذمة جاز لما قلنا فكذا الامان بل اولى لانه ليس للتابيد فيمكن نقضه عند ظهور الخلل فيه وانما لا
يملك القتال لما فيه من تعطيل منافعه على المولى ولا تعطل في الكلام المجرد بل فيه نفع يعود الى المولى وغيره
من المسلمين اذ الكلام فيه في مثل هذه الحالة ولابي حنيفة ان الامان جهاد معنى على ما ذكرنا وهو محجور عنه
فلا يكون محجورا عليه عن الامان بالضرورة تحققه ان الامان ازالة الخوف ومن لم يباشر القتال لا يخافونه فكيف
يصح امانه ولانه نوع جهاد فلا يملكه الا من يباشره فيخطئ ظاهرا فيمنع كيلا ينسد عليهم باب الفتح بخلاف
العبد الماذون له في القتال لانه عالم بوجوه الجهاد ويخافونه لمباشرته القتال وبخلاف المراة لانها من
اهل الجهاد بمالها وكذا بنفسها حتى تخرج لتعمل عملا يليق بحالها وذلك جهاد منها فيحصل الخوف منها وبخلاف
عقد الذمة لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية فيكون نفعه ظاهرا
ولانه فرض عليهم عند طلبهم ذلك واسقاط الفرض نفع محض فافترقا ولو امن صبي لا يعقل لا يصح
كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عليه فعلى الخلاف وان كان ماذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق
والمختلط العقل الذي يعقل الاسلام ويصفه بمنزلة الصبي الذي يعقل فيما ذكرناه والله اعلم بالصواب

باب الغنائم وقسمتها

قال رحمه الله ما فتح الامام عنوة قسم بيننا او اقر اهلها ووضع الجزية والخراج يعني اذا فتح الامام بلدة قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمها بين الغانمين

يعني بعد اخراج الخمس كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شا اقر اهلها عليها ووضع عليهم الجزية
وعلى اراضيهم الخراج كما فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة الصحابة رضي الله عنهم اجمعين
ولم يحمد من خالفه من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين وقال عمر رضي الله عنه اما والذي نفسي بيده
لولا ان اترك اخر الناس ببانا ليس لهم من شي ما فتحت علي قرية الا قسمتها كما قسم رسول الله صلى الله عليه
وسلم خيبر ولكني اتركها خزانة لهم يقتسمونها رواه البخاري وقيل الاول هو الاولى عند حاجة الغانمين
والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة للنوايب وهذا في العقار واما المنقول وحده فلا يجوز المن به عليهم
لانه لم يرد في الشرع ولانه لا يدوم بل ينقطع والجواز باعتبار الدوام نظرا لهم ولمن يجي بعدهم ولهذا لا يجوز
بالرقاب بعد بدون الارض لانه ينقطع بالموت والاسلام وانما يجوز تبعا للاراضي حتى لا يشتغلوا بالزراعة
عن الجهاد ثم اذا من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقول قدر ما يتهيا لهم به العمل لان عمر رضي الله
عنه ترك لهم ذلك وهو القدوة في الباب ولان منفعة الارض بالزراعة وهم لا يقدرون على الزراعة الا
بالتها فيلزمه له ان يكلفهم بها بدون الالة وقال الشافعي لا يجوز المن عليهم بالاراضي بل يقسمها بين
الغانمين لانهم ملكوها بالاستيلا فلا يجوز ابطال ملكهم او حرمانهم عنها الا ببدل يعدله والخراج لا يعدله
لقلته بخلاف المن على الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم بالقتل اصلا فبالعوض القليل اولى وهذا لان
الادمي حر باصل الخلقة والرق عارض بمشية الامام فقدر الاسر فله ان يتركهم على اصل الحرية
ولنا ما روينا من اجماع الصحابة رضي الله عنهم وفتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة عنوة وترك
بها على اهلها ولم يقسمها بين الغانمين والدليل على انها فتحت عنوة قول ابي هريرة فانطلقنا فما يشا
احد منا ان يقتل منهم ما شا الا قتله فقال عليه السلام لما اشتد عليهم القتل من اغلق بابه فهو امن ومن
دخل دار ابي سفيان فهو امن كل ذلك رواه احمد ومسلم واجرت ام هاني رجلا فاراد علي قتله فمنعته
فاخبرت بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد اجرنا من اجرت يا ام هاني رواه احمد والبخاري
ولو كان فتحها بالصلح لما احتاج الامان بذلك لا بما ذكرنا ولان فيه نظرا لهم ولمن يجي من بعدهم لانهم كالاكرة
العاملة لهم العالمة بوجوه الزراعة والمون مرتفعة عنهم والخراج وان قل في الحال فهو اكثر في المال
فالعمل الدايم خير من الكثير المنقطع **قال** وقتل الاسارى او استرق او تركهم احرارا ذمة لنا معناه
ان الامام بالخيار في الاسارى ان شا قتلهم كما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم بني قريظة فانه قتل
مقاتلتهم واسترق ذراريهم وفيه حسم مادة الفساد وان شا استرقهم لان فيه توفير المنفعة للمسلمين مع
دفع شرهم وقد انعقد الاجماع على جواز استرقاق الاسرى من العرب والمرتدين لما عرف في موضعه وان شا تركهم
احرارا ذمة للمسلمين كما فعل عمر رضي الله عنه على اهل السواد وشرهم قد اندفع بذلك مع توفير المنفعة لهم الا انه
لا استرقاق لاسرى العرب والمرتدين على ما نبين ان شا الله تعالى وليس له فيمن اسلم منهم الا الاسترقاق
لان قتله او وضع الجزية عليه بعد اسلامه لا يجوز **قال** وحرم ردهم الى دار الحرب والفدا والمن
لان في ذلك كله تقويتهم على المسلمين وعودهم حربا علينا ودفع شرهم خير من انقاذ الاسير المسلم لان
بقاه في ايديهم غير مضاف الينا وتقويتهم بدفع اسيرهم مضافا الينا فيحرم وعن ابي حنيفة انه لا باس
بان يفادي بهم اسارى المسلمين وهو قول محمد لان تخليص المسلم من ايديهم واجب ولا يتوصل اليه الا به

وليس فيه اكثر من ترك قتل اسارى الكفار وذلك جايز بدون هذا الا ترى ان للامام ان يتركه ويضع عليه
الجزية على ما بينا ومنفعة تخليص المسلم اولى من استرقاقهم او جعلهم ذمة او قتلهم روي انه عليه السلام
فادى بهم اسارى المسلمين وذكر في السير الكبير ان هذا هو اظهر الروايتين عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف
يجوز ذلك قبل القسمة لا بعدها لان الثابت بعد القسمة حقيقة الملك فلا يجوز ابطاله بدون رضاه
بعوض هو اسارى المسلمين وضمانات بخلاف ما قبلها لانه لم يثبت فيه حقيقة الملك وانما الثابت فيه حق الملك فلا
يمنع الامام من التصرف فيه ولو اسلم الاسير لا يفادي به لعدم الفايدة الا اذا طابت به نفسه وهو مامون
عليه واما المفاداة بالمال فلا يجوز عند عدم الحاجة الى المال وان احتاجوا اليه جاز وقال الشافعي
يجوز مطلقا وكذا في مفاداة اسراهم باسرى المسلمين يجوز عنده لقوله تعالى فشدوا الوثاق فاما منا
بعد واما فدا واخذ عليه السلام من المشركين يوم بدر المال فدا عن انفسهم قلنا نسخ ذلك كله باية السيف
لان المن والفدا في سورة محمد وهي مكية واية السيف في سورة براة وهي اخر سورة نزلت وعوتب
عليه السلام على الاخذ يوم بدر بقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق الاية فجلس هو عليه السلام وابو بكر
يبكيان وقال عليه السلام لو نزل من السما عذاب لما نجا الا عمر وكان قد قال بقتلهم دون اخذ الفدا
منهم **قال** وعقر مواش شق اخراجها فذبح وحرق يعني حرم عقر المواشي في دار الحرب اذا تعذر اخراجها
الى دار الاسلام بل يذبح ويحرق وقال الشافعي يترك في دار الحرب لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة
الا لماكله **ولنا** ان ذبح الانعام جايز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكتهم والحاق الغيظ بهم ويحرق
كي لا ينتفعوا باللحم كما تخرب بيوتهم وتقطع اشجارهم وتقلع زروعهم ولا يحرق قبل الذبح لانه منهي عنه ولا
تعقر لانه مثلة ويحرق الاسلحة وما لا يحرق منها يدفن في مكان لا يقفون عليه حتى لا ينتفعون بها وان
تعذر عليهم نقل السبي يقتل الرجال منهم ويخلى الذراري في مضيعة حتى يموتوا جوعا وعطشا كيلا يعود
ضررهم علينا بالتوالد **قال** وقسمة غنيمة في دارهم لا للايداع اي حرم قسمة الغنيمة في دار الحرب
لغير ايداع وقال الشافعي يجوز قسمتها في دار الحرب بعد استقرار الهزيمة وهذا بنا على ان الملك لا يثبت
قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل مسايل **منها** اذا لحقهم مدد قبل
الاحراز بالدار لا يشاركونهم عنده وعندنا يشاركونهم **ومنها** ان واحدا من الغانمين لو وطي امة من
السبي فولدت فادعاه يثبت نسبه عنده وصارت ام ولد له وعندنا لا يثبت لعدم الملك ويجب العقر
ويقسم الامة والولد والعقر بين الغانمين **ومنها** جواز بيعه فعنده يجوز وعندنا لا **ومنها** اذا
مات واحد قبل الاحراز يورث نصيبه عنده وعندنا لا يورث **ومنها** لو اتلف واحد من الغزاة
شيا من الغنيمة لا يضمن عندنا وعنده يضمن **ومنها** لو قسم الامام الغنيمة لا عن اجتهاد ولا لحاجة
الغزاة لا يصح عندنا وعنده يصح **له** ان النبي عليه السلام قسم غنايم خيبر فيها وغنايم بني المصطلق
فيها ولان سبب الملك قد تم وهو الاستيلا على مباح فيترتب عليه موجبه كالاصطياد والاحتطاب
ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والقسمة فيها معنى البيع لاشتمالها على المبادلة
معنى والبيع ايضا على الخلاف فيكون حجة عليه فيه وفي القسمة دلالة ولان فيه قطع حق المدد فلا يسوغ
فلا يتقاعدوا عن الغوث ولان الاستيلا يكون باثبات اليد والنقل ولم يوجد النقل لقدرتهم على الاستنقاذ

بها هو اذ القوة لهم في دارهم فصارت كما لو قسم قبل الهزيمة وقبل استقرارها وما روي محمول على انه عليه السلام
فتح تلك البلاد وصارت دار الاسلام ولا خلاف فيه وانما الخلاف فيما اذا لم تصر دار الاسلام ثم هي لا تجوز عند
وعند محمد تكره كراهة تنزيه وعند الشافعي لا تجوز فيترتب الاحكام عليها عندهما وعندنا لا تترتب وقيل
جاز بالاتفاق لانه فصل مجتهد فيه وقد امضاه وقيل اذا قسم عن اجتهاد جاز بالاتفاق وان قسم لا عن اجتهاد
فهو موضع الخلاف وقوله لا للايداع دليل على ان القسمة للايداع جائزة وصورتها ان لا يكون للامام
من بيت المال حمولة يحمل عليها الغنائم فيقسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها
منهم فيقسمها فان ابوا ان يحملوها اجبرهم على ذلك باجر المثل في رواية السير الكبير لانه دفع ضرر عام بتحمل ضرر
خاص كما لو استاجر سفينة فمضت المدة في وسط البحر فانه ينعقد عليها اجارة اخرى باجر المثل ولا يجبرهم
في رواية السير الصغير لانه لا يجبر على عقد الاجارة ابتداء كما اذا نفقت دابته في المفازة ومع رفيقه دابة لا
يجبر على الاجارة بخلاف ما استشهد به فانه بناء وليس بابتداء وهو اسهل منه ولو كان في بيت المال او في الغنيمة
حمولة حمل عليها لان الكل مالهم **قال** وبيعها قبلها اي حرم بيع الغنائم قبل القسمة لقوله عليه السلام لا يحل
لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيع مغنما حتى يقسم ولا ان يلبس ثوبا من فيء المسلمين حتى اذا اخلقه
رده ولا ان يركب دابة من فيء المسلمين حتى اذا اعجفها ردها رواه احمد وابو داود ولانه قبل الاحراز
بالدار لم يملكه على ما بينا وبعد الاحراز بها نصيبه مجهول فلا يمكنه ان يبيع **قال** وشرك الردء والمدد
فيها اي في الغنيمة **اما** الردء فلتحقق سبب الاستحقاق وهو المجاوزة على قصد القتال وهي السبب
عندنا لا حقيقة القتال ولهذا اعتبر كونه فارسا او راجلا عندنا وعند الشافعي شهود الوقعة وقد يحتاج
واما المدد فلان سبب الملك هو القهر وتمام القهر بالاحراز وقد شاركوهم في هذا المعنى لانه بالمدد
ينقطع طمعهم الاستنقاذ وفيه تحريض المؤمنين على الامداد والتعاون على قهر العدو والتلاحق وقد قال
الله تعالى حرض المؤمنين وفي عكسه عكسه من التقاعد وعدم التناصر فيؤدي الى الخذلان لانهم فلا يجوز وفيه
خلاف الشافعي اذا لحقوهم بعد انقضاء القتال وتقرر الهزيمة بناء على اصله ان الغنيمة تملك بالاخذ
واستقرار الهزيمة وعندنا تملك باحد امور ثلاثة بالاحراز بالدار على ما ذكرنا او بوجود الاستيلاء فيها
صورة ومعنى او بالقسمة وهو اهم من الاحراز لانه يحصل به الملك الخاص او بالبيع لان الجواز
يعتمد ملكا مستقرا فالحكم به حكم باستقراره **قال** رحمه الله لا السوقي بلا قتال اي لا يستحق اهل
سوق العسكر من الغنيمة الا ان يقاتلوا وفي قول الشافعي يسهم لهم لانهم شهدوا الوقعة وقال عليه السلام
الغنيمة لمن شهد الوقعة ولان الجهاد قد وجد منهم معنى بتكثير السواد فصاروا كالغانمين **ولنا**
ان سبب الاستحقاق المجاوزة على قصد القتال ولم يوجد لانهم قصدوا التجارة لا اعزاز الدين وارهاب
العدو فان قاتلوا استحقوا السهم لانه بالمباشرة ظهر ان قصدهم القتال والتجارة تبع له فلا يضر
كالحاج اذا اتجر في طريق الحج لا ينقص اجره وما رواه موقوف على ابن عمر رضي الله عنه او هو محمول على
انه شهدها على قصد القتال **قال** ولا من مات فيها وبعد الاحراز بدارنا يورث نصيبه اي لا يستحق
من مات في دار الحرب من الغنيمة ومراده اذا مات قبل ان تخرج الغنيمة الى دار الاسلام وبعد الاخراج
يورث نصيبه لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبله بخلاف ما بعده على ما بينا من قبل وعند الشافعي

يورث اذا مات بعد استقرار الهزيمة لثبوت الملك به عنده على ما بيناه **قال** وينتفع فيها بعلف
وطعام وحطب وسلاح ودهن بلا قسمة لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه قال كنا نصيب في مغازينا العسل
والعنب فناكله ولا نرفعه رواه البخاري هذا دليل على ان عادتهم الانتفاع بما يحتاجون اليه وقال ابن عمر ان
جيشا غنموا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما وعسلا فلم يؤخذ منهم الخمس رواه ابو داود وهذا يؤيد
ما ذكرنا وهو محمول على انه لم يفضل منهم وعن عبد الله بن المغفل قال اصبت جرابا من شحم يوم خيبر فالتزمته
فقلت لا اعطي اليوم احدا من هذا شيئا فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم متبسما رواه احمد ومسلم وابو داود
والنسائي وهذا اقوى حجة لم يامره عليه السلام برده في الغنيمة وعن ابن ابي اوفى قال اصبنا طعاما يوم خيبر
فكان الرجل يجيء فياخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينطلق رواه ابو داود ولم يقيد اباحة الانتفاع هنا بالحاجة وهو
رواية السير الكبير وقيدها بها في السير الصغير لانه مال مشترك بين الجماعة فلم يبح الانتفاع به الا لحاجة
كالدواب والثياب وجه الاول اطلاق ما روينا ولان الحكم يدور على دليل الحاجة وهو كونه في دار
الحرب اذ هو لا يقدر ان يستصحب ما يكفيه من الطعام والعلف غالبا فلو لم يبح لهم التناول لضاق عليهم
الامر بخلاف السلاح والدواب لانه يستصحبه غالبا فانعدم دليل الحاجة حتى لو تحققت الحاجة اليه جاز
له التناول ايضا فتعلق الاطلاق بحقيقة الحاجة فيهما ثم ترد الى المغنم اذا استغنى عنه ولا فرق في الطعام
بين ان يكون مهيئا للاكل وبين ان لا يكون مهيئا له حتى يجوز لهم ذبح المواشي من البقر والغنم والجزور ويردون
جلودها الى الغنيمة ذكره في السير الكبير في الجزور وكذا اكل الحبوب والسكر والفواكه الرطبة واليابسة
والسمن والزيت وكل شيء هو مما يؤكل عادة وهذا الاطلاق في حق من له سهم في الغنيمة او من يرضخ له منها
غنيا كان او فقيرا او يطعم من معه من الاولاد والنساء والمماليك وكذلك المدد لان له سهما فيها ولا يطعم الاجير
ولا التاجر الا ان يكون خبز الحنطة او طبخ اللحم فلا باس به حينئذ لانه ملكه بالاستهلاك وما لا يؤكل عادة
لا يجوز له ان يتناوله مثل الادوية والطيب ودهن البنفسج وما اشبه ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم
ردوا الخيط والمخيط ولان هذه الاشياء لا تؤكل عادة ولا تستعمل في الحاجة الاصلية بل للزينة ويستعملون
الحطب والطيب يعني عند الحاجة ويعلفون الدواب اذا احتاجوا اليه **قال** ولا يبيعها اي ما بينا من قبل
ولانه لا يملك بالاخذ وانما ابيح له التناول للضرورة والمباح له لا يملك البيع وان باعه احدهم رد الثمن
الى المغنم ولا يجوز له الانتفاع بالسلاح والثياب والدواب والمتاع بغير حاجة لصيانة سلاحه ودابته
وغير ذلك لانه مال مشترك بينهم فلا يجوز الانتفاع به بلا حاجة والاولى ان يقسم الامام بينهم اذا احتاجوا
اليه لان المحظور يستباح للضرورة ومراعاة حقهم عند حاجتهم اولى من مراعاة حق المدد وهو يحتمل
ايضا لا يدري يلحق اولا فلا يعارض المحقق عند الحاجة وهذا بخلاف السبي حيث لا يقسم وان احتاجوا اليه
لان حاجتهم للوطء او للخدمة وكل ذلك من فضول الحوائج **قال** وبعد الخروج منها لا اي بعد الخروج
من دار الحرب لا ينتفعون بالغنيمة لزوال المبيح وهي الضرورة ولان حقهم قد تاكد حتى يورث نصيبه فلا
يجوز الانتفاع به بدون رضاهم **قال** وما فضل رده الى الغنيمة اي الذي فضل عنده من الذي كان اخذه
قبل الخروج من دار الحرب لينتفع به رده الى الغنيمة بعد الخروج الى دار الاسلام لزوال الحاجة والاباحة
باعتبارها وهذا قبل القسمة وبعدها ان كان غنيا تصدق بعينه ان كان قائما وبقيمته ان كان هالكا

والعقر يتقوم بالعين ولا شيء عليه إن هلك لأنه لما تعذر الرد صار في حكم اللقطة **قال** رحمه الله ومن أسلم منهم أحرز نفسه وطفله أي من أسلم من أهل الحرب في دار الحرب أحرز بإسلامه وأولاده الصغار لوجود العاصم وهو الإسلام فلا يجوز قتله ولا استرقاقه لأنه جزاء الكفر ابتداء أو لدفع الشر والمسلم لا يبتدأ بالرق وقد اندفع شره بالإسلام وأولاده الصغار تبع له فيلحقون به هذا إذا أسلم قبل أن يأخذه المسلمون وإن أسلم بعد ما أخذوه فهو عبد لأنه أسلم بعد انعقاد سبب الملك فيه فلا يرتفع بالإسلام لحرمة الملك وكذا لو أسلم بعد ما أخذ أولاده الصغار وماله ولم يؤخذ هو حتى أسلم أحرز بإسلامه نفسه فحسب لانعقاد السبب في غيره **قال** وكل مال معه لقوله عليه السلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم وقال عليه السلام لصخر يا صخر إن القوم إذا أسلموا أحرزوا دماءهم وأموالهم ولأن يد الحقيقة سبقت إليه يد الظاهرة فكانت أولى **قال** أو وديعة عند مسلم أو ذمي لأنه في يده حكماً إذ يد المودع يد المودع لأنه عامل له في الحفظ وهي محترمة صحيحة بخلاف ما إذا كانت في أيديهما غصباً حيث يكون فيئاً عند أبي حنيفة لأن يده ليست يد المالك وبخلاف ما إذا كان في يد الحربي وديعة أو غصباً لأن يده ليست بمحترمة ولا صحيحة حتى جاز لنا التعرض لها **قال** دون ولده الكبير لأنه كافر حربي غير تابع له في الإسلام وغيره فلا يكون معصوماً عن القتل والاستغنام بخلاف أولاده الصغار **قال** وزوجته وحملها لأنها كافرة حربية غير تابعة له فتسترق وحملها جزء منها فيتبعها في الرق وقال الشافعي لا يكون الحمل فيئاً لأنه مسلم تبعاً لأبيه فلا يبتدأ بالرق كالولد المنفصل قلنا المسلم يسترق تبعاً كولد الجارية من غير مولاها فإن هذا في حق التبع بمنزلة البقاء والإسلام لا ينافي بقاء الرق بخلاف المنفصل لعدم الجزئية **قال** وعقاره لأنه ليس في يده حقيقة فيكون فيئاً وقال الشافعي هو له ولا يكون فيئاً لأنه في يده كالمنقول **ولنا** أن العقار في يد أهل الحرب وسلطانها إذ هي من جملة دار الحرب ولم يكن في يده حقيقة وقيل في قول محمد يكون كغيره من الأموال بناء على أن اليد الحكمية تثبت عنده في العقار ألا ترى أنه يتصور فيه الغصب عنده وبه كان يقول أبو يوسف أولاً ثم رجع عنه **قال** وعبده المقاتل لأنه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعاً لأهل دارهم وما كان غصباً في يد حربي أو وديعة في يده لأن يده ليست بمحترمة وكذلك إذا كان في يد مسلم أو ذمي غصباً عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئاً لأن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بإسلامه فيتبعها ماله فيها وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالإسلام بل هو محرم التعرض في الأصل لكونه مكلفاً ولهذا لم تصر متقومة بالإسلام وإباحة التعرض كان لدفع شره وقد اندفع بالإسلام فلهذا لم يتعرض له بخلاف المال لأنه خلق عرضة للامتهان فكان محلاً للتملك على ما كان وأبو يوسف مع أبي حنيفة في رواية ومع محمد في أخرى ولو أن مسلماً أو ذمياً دخل دار الحرب بأمان فأصاب مالاً ثم ظهر المسلمون على الدار فحكمه حكم من أسلم في دارهم في جميع ما ذكرنا إلا في حق مال في يد حربي في رواية أبي سليمان لأن العصمة كانت ثابتة لهذا المال تبعاً للمالك فلا تزول وفي رواية أبي حفص يكون فيئاً لما ذكرنا وقالوا رواية أبي سليمان أصح وهذا كله إذا ظهر المسلمون على دارهم وأما إذا أغاروا عليها ولم يظهروا فكذلك الحكم عند محمد وعند أبي حنيفة تصير جميع ما له فيئاً إلا نفسه وأولاده الصغار فمحمد سوى بين الإغارة والظهور لاستوائهما في السببية للملك وأبو حنيفة فرق بينهما والفرق أنه بالظهور صارت الدار دار الإسلام فكانت

يده على ما في يده ثابتة حقيقة وحكماً باعتبار منعة المسلمين ويد المسلم يد محترمة فلا يجوز إبطالها وأما الإغارة فلم تصر دار الإسلام فلم تصر يده على المنقول ثابتة حكماً لأن يد أهل الحرب ثابتة حافظة دافعة لاشتمالها على الدار باعتبار المنعة والشوكة ولهذا لا تصير الغنيمة ملكاً للغانمين في دار الحرب والعصمة إنما تثبت باعتبار اليد حقيقة وحكماً ولم توجد فبقيت على أصل الإباحة وحكم من أسلم في دار الحرب وخرج إلينا على ما المفصل ذكره في المحيط

فصل في كيفية القسمة

يجب على الإمام أن يقسم الغنيمة ويخرج خمسها لقوله تعالى فأن لله خمسه ويقسم أربعة الأخماس على الغانمين للنصوص الواردة فيه وعليه إجماع المسلمين **قال** رحمه الله للراجل سهم وللفارس سهمان وهذا عند أبي حنيفة وقالا للفارس ثلاثة أسهم لقول ابن عمر أنه عليه السلام أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهماً رواه الجماعة ولأن الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجل لأنه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولأبي حنيفة رحمه الله قول مجمع بن جارية قسمت خيبر إلى أن قال إنه عليه السلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهماً رواه أحمد وأبو داود ولأن الكر والفر من جنس واحد إذ الفر ليس بمستحسن لنفسه وإنما استحسن لأجل الكر فيكون غناؤه مثل غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولأن مقدار الزيادة لا يوقف عليه حقيقة فيدار الحكم على سبب ظاهر وهو الرأس والفرس مع أنا نمنع أن زيادة الغناء يستحق بها الزيادة بل ما ذكرنا ألا ترى أن الشاكي بالسلاح أكثر غناء من الأعزل ومع هذا لا يستحق الزيادة ولأن الفرس تبع فلا يزيد سهمه على الأصل وما رواه محمول على التنفيل كما روي أنه عليه السلام أعطى سلمة بن الأكوع سهم الفارس والراجل رواه أحمد ومسلم بمعناه وهو كان راجلاً أجيراً لطلحة والأجير لا يستحق سهماً من الغنيمة وإنما أعطاه رضخاً لجده في القتال وقال خير رجالتنا سلمة بن الأكوع وخير فرساننا أبو قتادة **قال** ولا لفرسين أي ولو كان له فرسان لا يستحق إلا سهمين معناه أنه لا يسهم إلا لفرس واحد إذا قاد فرسين أو أكثر وقال أبو يوسف يسهم لفرسين لأنه عليه السلام أعطى الزبير خمسة أسهم ولأنه يحتاج في القتال إلى فرسين وربما يعيى الواحد فيحتاج إلى الآخر ولهما أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسهم يوم خيبر لصاحب الأفراس إلا لفرس واحد ولأنه يستحق السهم بالإرهاب عند مجاوزة الدار باعتبار ما يؤول إليه أمرهم من القتال معهم فارساً أو راجلاً والقتال لا يتصور إلا على فرس واحد فلا يسهم له لا غير ولهذا لا يسهم لثلاثة وأكثر بالاتفاق والصحيح من حكاية الزبير أنه عليه السلام أعطاه أربعة أسهم سهماً له وسهماً لأمه صفية وسهمين لفرسه رواه أحمد فلا يلزم حجة ولئن صح فهو محمول على التنفيل على نحو ما ذكرنا من حكاية ابن الأكوع والذي يدل عليه أنه ليس فيه أنه قاد فرسين والبراذين كالعتاق لأن الإرهاب هو السبب وذلك باسم الخيل قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وهو يتناولهما والهجين والمقرف ولأن العتاق أنها أقوى في الجري فالبرذون أصبر وألين عطفاً ففي كل واحد منهما منفعة مقصودة فاستويا وأهل الشام لا يسهمون للبراذين والحجة عليهم ما تلونا وما ذكرنا من المعنى **قال** لا الراحلة والبغل أي لا يكون الراحلة والبغل كالعتاق حتى لا يسهم لهما لأن الإرهاب لا يقع بهما إذ لا يقاتل عليهما **قال** والعبرة للفارس والراجل عند المجاوزة أي يعتبر كونه فارساً أو راجلاً عند مجاوزة الدار حتى لو دخل دار الحرب فارساً فنفق فرسه وقاتل راجلاً استحق سهم الفارس لوجود القتال منه فارساً حقيقة وهو أقوى من التقدير وعند الشافعي يعتبر كونه فارساً أو راجلاً حال انقضاء الحرب

لأنه سبب الاستحقاق أما المجاوزة فوسيلة إلى السبب فلا تعتبر كالخروج من البيت ولنا أن المجاوزة نفسها أقوى الجهاد لأن الخوف بها يلحقهم ولهذا يحتاج عندها إلى شوكة وجيش عظيم والحال بعدها حال الدوام فلا معتبر بها ولهذا يكتب الإمام أسماء الفرسان والرجالة عندها لا غير ويقول العدو لم دخلوها والجهاد يكون بالإرهاب كما يكون بالقتل وبه يستحق الفارس الزيادة لا بالقتل فعلم بذلك أن الإرهاب والإرعاب أشد عليهم من القتل وهو المقصود بقوله تعالى ترهبون به عدو الله وبقوله ولا يطؤون موطئا يغيظ الكفار وبه تنكسر همتهم وينكسرون فكانت هذه الحالة أولى بالاعتبار لحصول المقصود عندها وهو السر ألا ترى أن أحدا لم يشترط بقاء الفرس إلى تمام الاستحقاق حتى لو هلك الفرس بعد انتشار الهزيمة قبل إحراز الغنيمة استحق سهم الفارس ولا معنى لما قاله الشافعي لأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر لأنه حال التقاء الصفين والأحكام لا تعلق بمثله ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان استحق سهم الفارس وكذا لو كان في السفينة لتهيئه للقتال فارسا وهو كالمباشرة ألا ترى أن الردء والمدد يستحقون به وكذا الجند فيما أصابت السرية ويشترط أن يكون الفرس صالحا للقتال بأن يكون صحيحا كبيرا حتى لو دخل بمهر أو مريض لا يستحق سهم الفرسان لأنه لا يقصد به القتال وكذا لو باعه أو وهبه بعد المجاوزة في رواية الحسن عن أبي حنيفة اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لأن الإقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد انقضاء الحرب فله سهم الفرسان وكذا إذا باعه حالة القتال عند البعض والأصح أنه لا يستحق سهم الفرسان لأن بيعه يدل على أن غرضه التجارة إلا أنه كان ينتظر عزته ولو دخل على فرس مغصوب أو مستعار أو مستأجر ثم استرده المالك فقاتل راجلا استحق سهم الفرسان في رواية اعتبارا للمجاوزة وفي رواية يستحق سهم الرجالة لأنه لم يصمم على القتال فارسا حيث دخل على هذا الفرس مع علمه أن لصاحبه أن يسترده أي وقت شاء وأن مدة الإجارة تنقضي **قال** وللمملوك والمرأة والصبي والذمي الرضخ لا السهم لقول ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يغزو بالنساء فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة وأما بسهم فلم يضرب لهن وقال أيضا لم يكن للمرأة والعبد سهم إلا أن يحذيا من غنائم القوم رواهما أحمد ومسلم وقال أيضا كان النبي صلى الله عليه وسلم يعطي المرأة والمملوك من الغنائم دون ما يصيب الجيش ولأن الجهاد عبادة والذمي ليس من أهله والمرأة والصبي عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه مولاه وله منعه فلم يستحقوا السهم الكامل لكن يرضخ لهم على قدر ما يراه الإمام تحريضا لهم على القتال وما روي أنه عليه السلام أسهم لقوم من اليهود فالموادعة وللصبيان فيما رواهما الترمذي وللنساء رواه أحمد وأبو داود محمول على الرضخ والمكاتب عبد لقيام الرق فيه ويتوهم عجزه فيمنعه المولى وإنما يرضخ لهم إذا باشروا القتال أو كانت المرأة تداوي الجرحى وتقوم بمصالح المرضى لعجزها عن حقيقة القتال فيكون جهادا إعلاما بما يليق بحالها أو دل الذمي على الطريق لأن في الدلالة منفعة للمسلمين ولا يبلغ بالرضخ السهم لأنهم لا يساوون الجيش في عمل الجهاد إلا في دلالة الذمي فإنه يزاد على السهم إذا كانت في دلالته منفعة عظيمة لأن الدلالة ليست من عمل الجهاد فلا يلزم منه التسوية في الجهاد وإنما يأخذه في الدلالة بمنزلة الأجر فيعطى بالغا ما بلغ والأجير لا يسهم له لأنه دخل لخدمة المستأجر لا للقتال وإن ترك الخدمة وقاتل يسهم له فصار كأهل سوق العسكر وإلا لم

الحذي العطية

فلا شيء له ولا يسهم له أجر ونصيب في الغنيمة **قال** والخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل ويقدم ذوو القربى الفقراء منهم عليهم ولا حق لأغنيائهم أي يقدم الفقراء من ذوي القربى على الطوائف الثلاث وقال الشافعي رحمه الله لذوي القربى خمس الخمس يستوي فيه فقيرهم وغنيهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون ذلك لبني هاشم وبني المطلب ولا يكون لغيرهم فحاصله أن الخمس يقسم أثلاثا عندنا وعنده أخماسا سهم لذوي القربى وسهم للنبي عليه السلام يخلفه فيه الإمام ويصرفه إلى مصالح المسلمين والباقي للثلاث لقوله تعالى فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى وقال صلى الله عليه وسلم يا بني هاشم إن الله كره لكم غسالة أيدي الناس حرم عليكم الصدقة وعوضكم منها خمس الخمس من الغنيمة ولم يفرق في الكتاب ولا في السنة بين الفقير والغني وأعطى عليه السلام العباس وكان غنيا **ولنا** أن الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة على نحو ما قلنا بمحضر من الصحابة فكان إجماعا وبه تبين أن قسمته عليه السلام لم تكن بطريق الحتم وفيما روي إشارة إلى أن الأغنياء منهم لا يستحقون لأن العوض إنما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام كان يعطيهم للنصرة لا للقرابة ألا ترى أنه عليه السلام علل فقال إنهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والإسلام وشبك بين أصابعه وتبين بهذا أن المراد من ذوي القربى قرب النصرة لا قرب القرابة ولهذا لم يحرم الزكاة على بعض الهاشمي لعدم النصرة كأولاد أبي لهب وقد بيناه في الزكاة تحقيقه أنه عليه السلام أعطى بني المطلب ولم يعط بني عبد شمس ولا بني نوفل فجاء عثمان وهو من بني عبد شمس وجبير بن مطعم وهو من بني نوفل فقالا إنا لا ننكر فضل بني هاشم لمكانك الذي وضعك الله تعالى فيهم ولكن نحن وبنو المطلب في القرابة إليك سواء فما بالك أعطيتهم وحرمتنا فقال إنهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والإسلام يشير إلى نصرتهم له لأنهم قاموا معه حين أرادت قريش قتله عليه السلام ودخل بنو نوفل وعبد شمس في عهد قريش ولو كان لأجل القرابة لما خصهم لأن عبد شمس ونوفل أخوا هاشم لأبيه وأمه والمطلب كان أخاه لأبيه فلما أقرب منه إليه والمراد بالنصرة كونهم معه يؤانسونه بالكلام والمصاحبة لا بالمقاتلة ولهذا كان للنساء فيه نصيب ثم سقط ذلك بموته عليه السلام لعدم تلك العلة وبقي النصرة فيستحقونه بالفقر عندنا لأنه في معنى الصدقة حتى كانوا يأخذونه في زمنه عليه السلام وفي قوله تعالى كيلا يكون دولة بين الأغنياء إشارة إليه وقال الطحاوي سقط نصيب الفقراء أيضا والأول أظهر **قال** وذكره تعالى للتبرك يعني ما ذكر الله تعالى في الخمس بقوله تعالى فأن لله خمسه لافتتاح الكلام تبركا باسمه تعالى لأن الكل له وهو غير محتاج إلى شيء **قال** وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كالصفي لأنه عليه السلام كان يستحقه بالرسالة ولا رسول بعده ألا ترى أنه كيف أضافه إليه باسم الرسول بقوله وللرسول وكذا الصفي وهو شيء كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصطفيه لنفسه ويستعين به على أمور المسلمين وكانت صفية من الصفي رواه أبو داود **قال** وإن دخل ذو منعة دارهم بلا إذن خمس ما أخذوا وإلا لا يعني وإن لم يكونوا ذوي منعة لا يخمس لأن الخمس وظيفة الغنيمة وهي المأخوذة قهرا أو غلبة وذلك يحصل بالمنعة وإن لم يكن لهم منعة يكون أخذهم اختلاسا وسرقة لا قهرا ولا غلبة فلا يخمس وإن دخلوا بإذن الإمام فالمشهور أنه يخمس لأنه لما أذن لهم التزم نصرهم بالإمداد فصار كالمنعة بخلاف ما إذا دخلوا بغير إذنه حيث لا يخمس لأنه لا يجب عليه نصرهم إذ لم يأذن فيه

وهن للمسلمين بخلاف ما اذا كان لهم منعة حيث يخمس لانه يجب عليه نصرهم كيلا يلزم وهن المسلمين **قال** رحمه الله وللامام ان ينفل بقوله من قتل قتيلا فله سلبه وبقوله للسرية جعلت لكم الربع بعد الخمس لانه تحريض على القتال وهو مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وحرض عليه السلام بالتنفيل على القتال فقال من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه رواه احمد والبخاري ومسلم ونفل رسول الله صلى الله عليه وسلم الربع بعد الخمس في رجعته رواه احمد وابو داود وكان عليه السلام ينفل في البداءة الربع وفي الرجعة الثلث رواه احمد وابن ماجة والترمذي وكانت الزيادة في الرجعة لاجل انهم يملون وقوله بعد الخمس ليس على سبيل الشرط كما بينا الا انه لو نفل ربع الكل جاز وكذا يجوز ذلك اتفاقا الا ترى لو نفل للسرية بالكل جاز فهذا اولى ثم قد يكون التنفيل بغير ما ذكرنا كالدراهم والدنانير او يقول من اخذ شيئا فهو له ويدخل الامام نفسه في قوله من قتل قتيلا فله سلبه استحسانا لانه ليس باب القضاء وانما هو من باب استحقاق الغنيمة ولهذا يدخل فيه كل من يستحق الغنيمة سهما او رضخا فلا يتهم به بخلاف ما اذا قال من قتلته انا فلي سلبه حيث لا يستحق لانه خص نفسه فصار متهما وبخلاف ما اذا قال من قتل منكم قتيلا فله سلبه حيث لا يدخل لانه ميز نفسه منهم ثم انما يستحق السلب بقتله اذا كان المقتول مباحا قتله حتى لا يستحق السلب بقتل النساء والصبيان والمجانين لان التنفيل تحريض على القتال وانما يحقق ذلك في المقاتل حتى لو قاتل الصبي استحق سلبه لانه مباح الدم ويستحق بقتل المريض والاجير منهم والتاجر في عسكرهم والذمي الذي نقض العهد وخرج اليهم لان بنيتهم صالحة للقتال او هم مقاتلون برايهم ولا ينبغي له ان ينفل بكل الماخوذ وذكر في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر ما اصبتم فهو لكم بعد الخمس او لم يقل بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض وانما يحصل ذلك بتخصيص البعض وفيه ابطال تفضيل الفارس على الراجل وابطال الخمس فلا يجوز **قال** وينفل بعد الاحراز من الخمس فقط يعني لا يجوز ان ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام الا من الخمس لان حق الغانمين قد تاكد فيه بالاحراز في الدار ولهذا يورث منه لو مات فلا يجوز ابطال حقهم وليس لهم في الخمس حق فجاز للامام ان ينفل منه **فان قيل** حق الفقراء قد تاكد في الخمس فيجب ان لا يجوز ابطاله كما لا يجوز ابطال حق الغانمين **قلنا** انما يجوز ذلك باعتبار ان المدفوع اليه مصرف بان كان فقيرا وهذا لان المستحق للخمس فقير غير معين فاذا جاز صرفه الى فقير لم يقاتل فصرفه الى فقير مقاتل اولى لان فيه مصلحة للمسلمين وصرف المال الى المستحق واما اذا كان المدفوع اليه غنيا فلا يجوز لما في هذا التنفيل من ابطال حق الاصناف الثلاثة **قال** والسلب للكل ان لم ينفل اي السلب لجميع الجند من جملة الغنيمة اذا لم ينفله للمقاتل وقال الشافعي هو للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لما روينا والظاهر انه نصب شرع لانه بعثه ولان القاتل مقبلا اكثر عناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره **ولنا** قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وهو غنيمة لانه ماخوذ بقوة الجيش اذ لولا الجيش لما حصل السلب ولا اعتبار للمباشرة الا ترى ان الردء يستحق الغنيمة بغير مباشرة فيتناوله قسمة الغنائم وما رواه يحتمل التنفيل فيحمل عليه توفيقا بينه وبين ما تلونا والذي يدل عليه ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال انتهيت الى ابي جهل يوم بدر وهو صريع يذب الناس عنه

له فجعلت اتناوله بسيف لي غير طائل فاصبت يده فندر سيفه فاخذته فضربته حتى قتلته ثم اتيت النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته فنفلني بسلبه رواه احمد ولو كان السلب للقاتل لما صح التنفيل به ويدل عليه ان غادية كانت جارية بان السلب كان من جملة الغنيمة وانما قال عليه السلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه يوم حنين لما اصابهم ما اصابهم واراد بذلك عليه السلام تحريضهم على القتال حتى روي ان ابا قتادة لما سمع المقالة طلب سلب قتيله واخذه بعد ما كان تركه واخذ ابو طلحة يومئذ سلب عشرين رجلا والذي يدل على ما قلنا ان خالد بن الوليد منع رجلا سلب قتيله وكان عليهم اميرا فاخبر النبي عليه السلام بذلك فقال له اعطه ثم قال لا تعطه ولو كان نصب شرع لما وقع ذلك والحديث صحيح رواه مسلم واحمد ولا يقال لعل هذا مقدم لان عوف بن مالك ذكر انه قال لخالد وهو الراوي لهذا الحديث ما علمت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى ولكن استكثرته ولو كان نصب شرع لاستحقه وان كثر ولم ينهه عليه السلام عنه وانما منعه خالد لانه لم ينفلهم به في تلك الغزوة وزيادة العناء لا تعتبر في جنس واحد على ما بينا من قبل وليس في الحديث ما يدل على انه قتله مقبلا فاشتراطه يكون زيادة وهو نسخ على ما عرف في موضعه ثم اذا مات المقتول على فوره فلا اشكال فيه ان سلبه يكون للقاتل وان تاخر موته فان لم يقسم الغنيمة قبل ان يموت فكذلك وان مات بعد القسمة فلا يستحق من سلبه شيئا لانه بالاحراز تاكد ملك الغانمين فيه وان اختلف القاتل والغانمون في موته فقال مات قبلها وقالوا هم بعدها فالقول قولهم لانهم ينكرون ولو اثخنه واحد وقتله اخر فالسلب لمن اثخنه ولو مات فسلبه المشركون ثم وقع سلبه في الغنيمة لا ياخذه القاتل ولو جروه بنفسه ولم يسلبوا منه ثم ظهر عليه المسلمون فسلبوه فهو للقاتل والفرق انهم يملكون السلب بالاخذ فانقطع ملك القاتل واذا لم يسلبوا منه لم يملكوا منه شيئا **قال** وهو مركبه وثيابه وسلاحه وما معه يعني السلب هو هذه الاشياء المعروفة وكذا ما على مركبه من السرج والالة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او في وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب هكذا ذكر في الهداية وفي المحيط لو قال الامير من قتل قتيلا فله فرسه فقتل رجل راجلا مع غلامه فرس قائم بجنبه من الصفين يجوز فرسه للقاتل لان مقصود الامام قتل من كان متمكنا من القتال فارسا وهذا متمكن منه بخلاف ما اذا لم يكن بجنبه لانه لا يتمكن الا بالاعراض عن القتال ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين عنه فاما الملك فلا يثبت له حتى يحرز بدار الاسلام لما بينا من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها رجل واستبراها لا يحل له وطؤها ولا بيعها وكذا لو اتلف السلب غيره من الغزاة بعد ما اخذه لا يجب عليه ضمانه وفيه خلاف محمد بناء على ان الملك يثبت بنفس التنفيل عنده لانه اختص به كالمسلم اذا اشترى جارية في دار الحرب يحل له وطؤها بعد الاستبراء وكذا هذا بخلاف المتلصص اذا اخذ جارية في دار الحرب واستبراها حيث لا يجوز له وطؤها لانه لم يملكها لعدم الاختصاص بها حتى لو لحقه جيش المسلمين في دار الحرب شاركوه فيها وعندهما لا يثبت الملك الا بالقهر ولا يتم القهر الا بالاحراز بالدار كما في الغنيمة في حق الجيش لانه قبل الاحراز قاهر يدا مقهور دارا فيكون السبب ثابتا من وجه دون وجه ولا اثر للتنفيل في اتمام القهر وانما اثره في افادة الخصوص وقطع الشركة فاما السبب للملك بعد التنفيل فهو ما كان سببا قبله فاشبه المتلصص من هذا الوجه بخلاف الجارية المشتراة في دار الحرب لان السبب فيها

العقد والقبض والله اعلم

باب استيلاء الكفار

قال سبى الترك الروم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء في المباح سبب الملك وقد تحقق لان الكلام في كافر استولى على كافر اخر وعلى ما له في دار الحرب لان الكافر يملك بمباشرة سبب الملك كالاحتطاب والاصطياد والشراء ونحو ذلك فكذا هذا السبب كالمسلم بل اولى لان الدنيا لهم والكفار بعضهم يستحل دما بعض وعن اموالهم عند اختلاف الملل والملك فوجب ان يملكوهم بالاستيلاء كما يملك المسلم به قال وملكنا ما نجده من ذلك ان غلبنا عليهم اى من الذى سبوه من الروم او اخذوه من اموالهم لانهم لما ملكوهم واموالهم التحقوا بسائر اموالهم فكما نملك عليهم سائر اموالهم نملك هذا المال قال وان غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعى رحمه الله لا يملكوها لان استيلاء الكفار محظور حين اخذوا وحين احرزوا بدارهم لورودهم على مال معصوم والمحظور لا يصلح سببا للملك لانه حكم مشروع فلستدعى سببا مشروعا والمحظور ليس بمشروع ولان الملك نعمة والنعمة لا تناط بالمحظور فصار كاستيلاء المسلم على مال المسلم وكاستيلائهم على رقابنا ولا يقال انهم ليسوا بمخاطبين فكيف يثبت الحرمة في حقهم لانهم مخاطبون بالحرمات كالربا والزنا فيثبت الحرمة في حقهم كالمسلم ولنا ان الحرمات في الاموال ثبتت على خلاف الدليل والاصل فيه الحل ولا يكون معصوما لقوله تعالى هو الذى خلق لكم ما في الارض جميعا الا ان العصمة فيه لمن اختص به بسبب من الاسباب كالشراء وغيره ضرورة تمكنه من الانتفاع به قطعا للمنازعة فاذا زال تمكنه بسبب احرازهم بدارهم عاد الى الاصل فلم يبق معصوما فصار كالصيد وغيره من مباح الاصل فيملكونه والدليل عليه ان الله تعالى سمى المهاجرين فقراء بقوله للفقراء المهاجرين مع وجود ديارهم واموالهم في دار الحرب ولو كان ملكهم باقيا لما كانوا اغنياء به وقال عليه السلام هل ترك لنا عقيل من دار ولو كان ملكهم باقيا لما استقام ذلك فعلم بذلك ان استيلاءهم على مال مسلم يوجب الملك لهم بخلاف استيلاء المسلم على مال المسلم لان تمكنه من الانتفاع به قائم فيبقى عصمته وبخلاف رقابنا لانها لم تخلق محلا للتملك لان الادمى خلق ليملك لا ليملك وانما ثبت فيه محلية الملك بالكفر العارض ومحلا ما اذا لم يحرزوها بدارهم لان ملكهم بالاستيلاء يحصل ذلك بالاحراز بدارهم لان الظاهر ان المسلمين يستنقذونها منهم ما لم يحرزوها بدارهم والمحظور لغيره لا يمنع المشروعية كالبيع عند اذان الجمعة والطواف مع التنجس والصلاة في الارض المغصوبة والاشتغال بالقراءة او النافلة عند ضيق الوقت فان هذه الاشياء محظورة لغيرها وهي مشروعة بنفسها حتى يستحق بها الثواب الجزيل الاجل فما ظنك بالفضل العاجل وهو الملك في الدنيا قال وان غلبنا عليهم فمن وجد ملكه قبل القسمة اخذه مجانا وبعدها بالقيمة اى ان غلب المسلمون على اهل الحرب فمن وجد منهم ماله الذى اخذه العدو قبل ان تقسم الغنيمة بين المسلمين اخذه بغير شى وان وجده بعد القسمة اخذه بالقيمة لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال ان المشركين احرزوا ناقة رجل من المسلمين بدارهم ثم وقعت في الغنيمة فخاصم فيها المالك القديم فقال عليه السلام ان وجدتها قبل القسمة فهى لك بغير شى وان وجدتها بعد القسمة فهى لك بالقيمة ان شئت فعلى هذا يحمل كل ما روى عنه عليه السلام انه رده الى مالكه او يحمل على انه استخلص منهم قبل ان يحرزوه بدارهم ثم ردوه لاصحابه ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه

فكان له حق الاسترداد نظرا له غير ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالماخوذ منه بازالة ملكه الخاص فياخذ بالقيمة ان شاء ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فياخذ بغير شى قال وبالثمن لو اشتراه تاجر منهم اى لو اشترى ما اخذه العدو منهم تاجر واخرجه الى دار الاسلام اخذه المالك القديم بثمنه الذى اشترى به التاجر من العدو لانه لو اخذه بغير شى لتضرر التاجر فياخذه بثمنه ليعتدل النظر من الجانبين وان اشتراه بعرض اخذه بقيمة العرض ولو كان البيع فاسدا ياخذه بقيمة نفسه وكذا لو وهبه العدو لمسلم ياخذه بقيمته دفعا للضرر عنهما اذ ملكه فيه ثابت فلا يزال بغير شى ولو كان مثليا فوقع في الغنيمة ياخذه قبل القسمة لما ذكرنا ولا ياخذه بعدها وكذا اذا كان موهوبا وكذا لو اشتراه التاجر شراء فاسدا واخرجه الى دار الاسلام او اشتراه صحيحا بمثله قدرا ووصفا لانه لو اخذه في هذه المواضع لاخذه بمثله وهو لا يفيد حتى لو اشتراه التاجر منهم باقل منه قدرا او باردى منه له ان ياخذه لانه مفيد ولا يكون ربا لانه يستخلص ملكه ويعيده الى ما كان فصار فداء لا عوضا قال وان فقئت عينه واخذ ارشه اى للمالك القديم ان ياخذه بالثمن الذى اشتراه به التاجر وان فقئت عين العبد الماسور في يد التاجر واخذ التاجر وهو المشترى من العدو ارشها لما ذكرنا من النظر ولا يحط عنه شى من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شى من الثمن في ملك صحيح بعد القبض وان كانت مقصودة بالاتلاف بخلاف المشفوع لان شراءه من غير رضى الشفيع كره وملكه ينقض من غير رضاه فاشبه البيع الفاسد وفيه تضمن الاوصاف مطلقا لكون الملك غير صحيح كما تضمن في الغصب وكذا في المشفوع اذا كانت مقصودة بالاتلاف حتى لو هدم المشترى بناءه او قلع شجره سقط عن الشفيع حصته من الثمن وفي المرابحة انما اعتبرت الاوصاف حتى لا يبيعها مرابحة بعد ما اتلفها مقصودا لكونها مبنية على الامانة بخلاف ما نحن فيه ولان ما يعطيه المالك القديم فداء وليس ببدل في حقه والفداء لا يقابل شى من الاوصاف ولهذا لو تعيب عنده لم ينقص عن المولى شى ولان الاخذ للمالك ثبت على خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به الشرع وهو قوله عليه السلام فيه ان شاء اخذه بالثمن وان شاء ترك والثمن اسم لجميعه فلا ينقص ولا ياخذ المولى القديم الارش لان ملك المشترى في الارش صحيح لا شبهة فيه فلو اخذه اخذه بمثله فلا يفيد ولو اخرجه المشترى من العدو عن ملكه بعوض ياخذه المالك القديم بذلك العوض ان كان مالا وان كان غير مال كالصلح عن دم او هبة اخذه بقيمته ولا ينقض تصرفه بخلاف الشفيع لان حقه قبل حق المشترى فينقض تصرف المشترى لاجله قال فان تكرر الاسر والشراء اخذه الاول من الثاني بثمنه ثم القديم بالثمنين معناه ان عبدا لرجل اسره العدو فاشتراه رجل تاجر فادخله دار الاسلام ثم اسره العدو ثانيا فادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل اخر فادخله دار الاسلام اخذه المشترى الاول بثمنه ثانيا لان الاسر ورد على ملكه فيكون حق الاخذ له ثم اذا اخذه هو ياخذه المالك القديم بالثمنين ان شاء اى الثمن الذى اشتراه به من الحربى والذى اشترى به الثاني من الحربى لان المشترى الاول قام عليه بالثمنين احدهما بالشراء الاول والثاني بالتخليص من المشترى الثاني ولو اراد المالك القديم ان ياخذه من المشترى الثاني ليس له ذلك لان الاسر الثاني لم يرد على ملكه وكذا لو كان المشترى الاول غائبا وهو الماسور منه ثانيا لما ذكرنا وكذا لو اشتراه المشترى الاول من التاجر الثاني

ليس للمالك القديم ان ياخذه لان حق الاخذ ثبت للمالك القديم في ضمن عود ملك المشتري الاول ولم يعد ملكه القديم وانما ملكه بالشراء الجديد منه **قال** ولا يملكون حرنا ومدبرنا وام ولدنا ومكاتبنا ونملك عليهم جميع ذلك يعني بالغلبة لان السبب لا يفيد الحكم الا في محله وهولاء ليسوا بمحل لان المحل للملك هو المال وهم ليسوا بمال اذ الحر معصوم بنفسه وكذا غيره لان الحرية قد ثبتت فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم ارقاء ولا جناية من هولاء **قال** وان ند اليهم جمل فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء عليه فاذا اخذه احد واخرجه الى دار الاسلام مغنوما ومشترى فللمالك ان ياخذه على التفاصيل التي بيناها **قال** وان ابق اليهم قن لا اي لا يملكونه وهذا عند ابي حنيفة وقالا يملكونه لان العصمة لحق المولى ضرورة تمكنه من الانتفاع به وذلك بقيام يده وقد زالت ولهذا المعنى اذا اخذوه من دار الاسلام ملكوه فصار كالجمل الناد اليهم ولابي حنيفة رحمه الله انه ادمي ذو يد صحيحة حتى اذا اودع وديعة لم يكن للمولى حق القبض ولذا اذا اشترى نفسه من المولى ليس للمولى ان يحبسه ملوت في يد نفسه وانما لا يظهر على نفسه في دار الاسلام لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع به وقد زالت يد المولى بتباين الدارين فظهرت يده على نفسه لزوال المانع وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف المتردد في دار الاسلام لان يد المولى عليه باقية لقيام يد اهل الدار عليه تمنع ظهور يده ولهذا لو وهبه لابنه الصغير ملكه الابن بالهبة ولو وهبه بعد دخوله دار الحرب لا يملكه بخلاف البعير الناد لانه لا يد للبهايم فاذا خرجت عن يد المولى ملكها من اخذها واذا لم يثبت الملك لهم في العبد عند ابي حنيفة ياخذه المولى القديم بغير شي مغنوما كان او مشترى او وجده بعد ما اسلم من في يده او بعد ما صار ذميا ولكن ان وجده مغنوما بعد القسمة يعوض من كان في يده من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك الجعل الابق لانه عامل لنفسه بزعمه لانه يدعي انه ملكه سواء كان غازيا او مشتريا **قال** ولو ابق بفرس ومتاع فاشترى رجل كله منهم اخذ العبد مجانا وغيره بالثمن وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ياخذ العبد ايضا بالثمن ان شاء اعتبارا الحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الوجه في كل فرد مغنوما او مشترى **فان قيل** ينبغي ان ياخذ المالك المتاع ايضا بغير شي على قول ابي حنيفة لانه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال لانقطاع يد المولى عن المال ويد العبد اسبق من يد الكفار فلا يصير ملكا لهم **قلنا** ظهرت يد العبد على نفسه مع المنافي وهو الرق فلم تكن ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال **قال** وان ابتاع مستامن عبدا مومنا وادخله دارهم او امن عبد ثمه فجاءنا او ظهرنا عليهم عتق اي اذا اشترى كافر مستامن عبدا مومنا وادخله دارهم او امن عبد الحربي في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام او الى عسكر المسلمين او ظهر عليهم المسلمون عتق في ذلك كله **اما الاول** وهو ما اذا اشترى عبدا مسلما وادخله دارهم فالمذكور هنا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يعتق لان استحقاق الازالة كان بطريق البيع وقد انتهى ذلك بالدخول في دارهم لعجز الامام عن الالزام فبقي في يده عبدا على ما كان لان دار الحرب لا تنافي الملك بل الادخال فيها سبب الملك الا ترى انهم لو اسروا عبدا مومنا واحرزوه بدارهم ملكوه ابتداء فالاستدامة اولى لان البقا اسهل من الابتدا ولابي حنيفة ان العبد المسلم استحق الازالة عن ملك الكافر بالبيع في الا انه عجز ذلك ولا يذهب ماله بلا عوض ما دام في دار الاسلام لما له كان

المسلم من حرمة كمال الذمي واذا عاد الى دارهم سقطت عصمة ماله وعجز القاضي عن اخراجه عن ملكه وعن اعتاقه عليه اذ لا نفوذ لقضايه على من في دارهم فاقيم اخراجه بدار الحرب مقام القضاء بالعتق اقامة للشرط مقام العلة اذ تباين الدارين شرط لزوال الملك في الجملة الا ترى انه اذا سبي احد الزوجين تقع الفرقة بينهما بالتباين والقياس على من ادخلوه دارهم غير صحيح لان كلامنا فيمن وجب ازالته عن ملكه والذي ادخلوه في دارهم لم يملكوه قبله وانما ملكوه بعد دخوله دارهم فافترقا وعلى هذا الخلاف اذا كان العبد ذميا لانه يجبر على بيعه ولا يمكن من ادخاله دار الحرب ذكره في النهاية معزيا الى الايضاح وكذا اذا اسلم عبد الحربي في دار الحرب فاشتراه مسلم او ذمي في دارهم على هذا الخلاف لهما ان العتق في دار الحرب يعتمد زوال الاختصاص ولم يوجد اذ قهر البايع زال الى قهر المشتري فصار كانه في يد البايع ولابي حنيفة ان قهر البايع زال حقيقة والحاجة الى ثبوت قهر المشتري ابتدا وفي المحل ما ينافيه فلا يثبت ولان اسلامه يقتضي زوال قهر غيره عليه الا انه تعذر الخطاب بالازالة فاقيم ما له اثر في زوال الملك مقام الازالة هكذا ذكر في الكافي **واما الثاني** وهو ما اذا امن عبد حربي في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام او الى عسكر المسلمين او ظهر عليهم المسلمون فلما روي عن ابن عباس انه قال اذا اعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الطايف من خرج اليه من عبيد المشركين رواه احمد وعن الشعبي عن رجل من ثقيف قال سالنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يرد الينا ابا بكرة وكان مملوكا فاسلم قبلنا فقال لا هو طليق الله ثم طليق رسوله رواه ابو داود وعن علي قال خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب له مواليهم فقالوا والله يا محمد ما خرجوا اليك رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما اراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وابى ان يردهم وقال هم عتقاء الله عز وجل رواه ابو داود ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه وبالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهروا على الدار واعتبار يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات اليد ابتدا فاثبات يده اولى ولو اعتق حربي عبدا حربيا في دار الحرب وهو في يده ولم يخله اي قال له انت حر لا يعتق حتى لو اسلم والعبد عنده فهو ملكه وعند ابي يوسف ومحمد يعتق لصدور ركن العتق من اهله بدليل صحة اعتاقه عبدا مسلما في دار الحرب في محله لكونه مملوكا ولابي حنيفة انه معتق بيانه مسترق بنانه وهذا لان الملك كما يزول بسبب يستلزم يد وهو اخره له بيده في دار الحرب فيكون عبدا له بخلاف ما اذا كان مسلما لانه ليس بمحل التملك بالاستيلا

باب المستامن

قال رحمه الله دخل تاجرنا ثمه حرم تعرضه لشي منهم اي اذا دخل دار الحرب بامان مسلم تاجر حرم عليه ان يتعرض لشي من اموالهم ودمايهم لنهيه عليه السلام عن الغدر على ما بينا من قبل الا اذا غدر بهم ملكهم باخذ الاموال او الحبس او غيره بعلمه ولم ينهه عنه لانهم نقضوا العهد به فيباح له التعرض حينئذ كالاسير والمتلصص فيجوز له اخذ اموالهم وقتل نفوسهم وليس له ان يستبيح فروجهم فان الفرج لا يحل له الا بالملك ولا ملك قبل الاحراز بالدار على ما بينا الا اذا وجد امراته المماسورة او ام ولده او مدبرته ولم يطاهن اهل الحرب لانهن لا يملكهن اهل الحرب بالاستيلا على ما بينا فهن باقيات على ملكه غير ان اهل الحرب ان وطيهن يكون شبهة في حقهن فيجب عليهن العدة فلا يجوز له ان يطاهن

تحرير بيع

حتى تنقضي عدتهن بخلاف امة المستأمن حيث لا يجوز له ان يطأها وان لم يطأها الحربي لانها مملوكة
فصارت من جملة اموالهم ولهذا لا يجوز له ان يتعرض لها بشيء اذا دخل دارهم بامان ولم ينقض الامان ويجوز
له التعرض لزوجته وام ولده ومدبرته لما ذكرنا **قال** فلو اخرج شيئا ملكه ملكا محظورا فيتصدق به
يعني لو غدر بهم واخذ شيئا واخرجه الى دار الاسلام ملكه ملكا محظورا لتحقق السبب وهو الاستيلاء على
مال المباح والحظر لغيره لا يمنع المشروعية على ما بينا من قبل ولانعقاد السبب كالاصطياد بقوس مغصوبة
غير انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به **قال** فان اذانه حربي او اذان
حربيا او غصب احدهما صاحبه وخرج المستأمن بعض شيء اي التاجر الذي دخل دار الحرب بامان اذا انه
حربي اي باعه بالدين او بالعكس او غصب احدهما الاخر وخرجا الى دار الاسلام وتحاكما عند حاكم لم يقض لواحد
منهما على الاخر لان القضاء يستدعي الولاية ويعتمدها ولا ولاية وقت الادانة اصلا اذ لا قدرة للقاضي فيه
على من هو في دار الحرب ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزمه
فيما يستقبل في حق حكم يباشرها في دار الاسلام والغصب في دار الحرب سبب يفيد الملك لانه استيلاء على
مال مباح غير معصوم فصار كالادانة فاذا ملكه فليس للحاكم ان يتعرض له بالحكم ولكن يفتي المسلم برد المغصوب
ويأمره به لانه التزم بالامان ان لا يغدرهم وهذا غدر ولا يقضي عليه لما ذكرنا وقال ابو يوسف يقضي
بالدين على المسلم دون الغصب لانه التزم احكام الاسلام حيث كان الا ترى انهما لو خرجا مسلمين حكم عليهما
بالدين فكذا هنا واجيب عنه بانه اذا امتنع في حق المستأمن امتنع في حق المسلم ايضا تحقيقا للتسوية بينهما
قال وكذا لو كانا حربيين وفعلا ذلك ثم استأمنا لما ذكرنا **قال** وان خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما
لا بالغصب يعني الحربيين اسلما في دار الحرب ثم خرجا مسلمين بعد ما ادان احدهما صاحبه او غصب منه
وانما يقضي بالدين لانها وقعت صحيحة لوقوع المداينة بتراضيهما ولثبوت الولاية حالة القضاء لالتزامهما
الاحكام بالاسلام وانما لا يقضي بالغصب لان الغاصب ملكه على ما بينا من ورود الاستيلاء على مال مباح ولا
يؤمر بالرد لان ملك الحربي بالغصب صحيح لا خبث فيه واطلاق قوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له يدل
ذلك بخلاف المسلم المستأمن اذا غصب منهم حيث يؤمر بالرد لخبث في ملكه لانه ملكه بالخيانة ولا يقضي عليه
به لما بينا **قال** مسلمان مستأمنان قتل احدهما صاحبه تجب الدية في ماله والكفارة في الخطأ اي
مسلمان دخلا دار الحرب بامان فقتل احدهما الاخر عمدا او خطأ تجب الدية في ماله وتجب الكفارة في الخطأ
دون العمد لانها لا تجب في العمد عندنا على ما عرف في موضعه **اما** الكفارة والدية في الخطأ فلقوله تعالى
ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ولان العصمة الثابتة بالاحراز بالدار لا
تبطل بالدخول العارض بالامان وانما تجب في ماله لان العاقلة لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين
والوجوب عليهم على اعتبار تركها وانما تجب الدية في العمد في ماله لان العواقل لا تعقل العمد والقصاص
قد سقط للشبهة فلابد من الدية صيانة للدم المعصوم فتعين ان يكون ذلك في ماله وعن ابي يوسف ان
القصاص يجب عليه لانه بدخوله دار الحرب لا تبطل عصمته والمسلم من اهل دار الاسلام حيث كان والقصاص
حق الولي يتفرد باستيفائه من غير حاجة فيه الى الامام فيستوفيه قلنا لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة لان الواحد
لا يقاوم القاتل ظاهرا ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب فلم يجب اذ لا فائدة

للوجوب بدون الاستيفاء فصار كالحد ولان دار الحرب دار اباحة الدم مصيرة لك شبهة مسقطة للعقوبة
لان مجرد صورة الاباحة تكفي لسقوط العقوبة وان لم يثبت حقيقة الا ترى انه يسقط بقوله اقتلني **قال**
ولا شيء في الاسيرين سوى الكفارة في الخطأ لقتل مسلم مسلما اسلم ثم يعني اذا قتل احد الاسيرين الاخر لا يجب سوى
الكفارة في الخطأ وكذا اذا قتله مسلم مستأمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تجب عليه الدية في العمد
والخطأ في ماله لان المقتول كان معصوما بالاحراز بدار الاسلام فلا يبطل بالاسر العارض كما لا يبطل بالدخول
دارهم بامان بل اولى لكونه مضطرا والمستأمن باختيار وعدم القصاص لفوات شرطه وهو المنعة وتجب
الدية في ماله لما ذكرنا ولابي حنيفة ان الاسير صار تبعا لهم بالقهر حتى صار مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم
كعبيد المسلمين صاروا اتباعا لهم في دار الاسلام فاذا كان تبعا لهم فلا يجب بقتله دية كاصله وهو الحربي
فصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وهو المراد بقوله كقتل مسلم مسلما اسلم ثمة اي في دار الحرب فانه لا يجب بقتله
الا الكفارة في الخطأ لانه غير متقوم لعدم الاحراز بالدار وكذا هنا لبطلان الاحراز الذي كان في دار
الاسلام بالتبعية لهم في دارهم ولا يرد علينا المستأمن لانه ليس بمقهور ويمكنه الخروج باختياره فلا يكون
تبعا لهم وقال الشافعي المسلم الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الى دار الاسلام يجب القصاص بقتله عمدا وتجب
الدية بقتله خطأ لانه قتل نفسا معصومة لوجود العاصم وهو الاسلام لقوله عليه السلام فاذا قالوها
عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها اثبت العصمة بالاسلام لا غير ولان العصمة تثبت نعمة وكرامة فتتعلق
بما له اثر في استحقاق الكرامة وهو الاسلام وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهي
حاصلة بالاسلام ثابتة به حتى يأثم من تعرض له بعد الاسلام والمقومة كمال فيها لتحصيل كمال الامتناع لان
بعض الناس لا يترك التعرض له الا بالمقومة خوفا من التبعة في الدنيا فيكون وصفا لها فيتعلق بما تعلق
به الاصل **ولنا** قوله تعالى وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة جعل التحرير كل الموجب
رجوعا الى حرف الفاء فانها للجزاء وهو الجناية او الى كونه كل المذكور فينفي غيره كما انتفى في قتل المسلم الذي في
دار الاسلام غير المذكور في الاية لهذا المعنى وهذا لان الاية سيقت لبيان الاحكام في القتل وهو انواع
فاوجب اولا في المؤمن المطلق دية وكفارة ثم اوجب بقتل مسلم لم يهاجر الينا الكفارة ثم اوجب بقتل الذمي
دية وكفارة فلا يزاد على واحد منها على ما اوجبه الله تعالى ولا نسلم ان اصل العصمة بالاسلام بل بكونه ادميا
لانه خلق لاقامة الدين ولا يتمكن من ذلك الا بعصمة نفسه بان لا يتعرض له احد واباحة قتله عارض بسبب
افساده بالقتال الا ترى ان من لا يقاتل من الكفار كالذمي وذراري الحربي لا يجوز قتله لعدم الافساد والمقومة
تحصل بالاحراز بالدار الا ترى ان الذمي مع هذه متقوم بالاحراز ولا تأثير للاسلام في تحصيل العصمة لان
لان الدين ما وضع لاكتساب الدنيا وانما وضع لاكتساب الاخرة واذا كانت النفس معصومة بالادمية فالمال
تبعها ليتمكن من تحمل اعباء التكاليف وان خلق عرضة في الاصل لانه لا يقدر الا به فيكون معصوما بعصمتها
واما العصمة المقومة فالاصل فيها للاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت بالتماثل وذلك في المال يحصل ولا
يتصور ذلك في النفس حقيقة بخلاف المال فكانت النفوس تابعة للاموال فيها ثم العصمة المقومة في المال
لا تكون الا بالاحراز بالدار مع كونه اصلا فيها ففي النفس اولى لانها تبع فيها والنص فما رواه مما يدل على ما
قال لانهم عصموا انفسهم بترك القتال ولهذا لم يعصموا بغير ذلك ونظيره اداء الجزية تعصم الكافر نفسه

على اعتبار انه يترك الاقتناء عند اداء ايها **فصل** قال رحمه الله لا يمكن مستامن فينا سنة
ويقال له ان اقمت سنة وضع عليك الجزية اي اذا دخل الحربي دار الاسلام بامان لا يمكن ان يقيم فيها سنة ويقال له ك
ويقول له الامام ان اقمت سنة كاملة وضعت عليك الجزية والاصل فيه ان الكافر لا يمكن من اقامة دائمة
في دارنا الا باسترقاق او جزية لانه يبقى ضررا على المسلمين لكونه عينا لهم وعونا علينا ويمكن من الاقامة اليسيرة
لان في منعها قطع المنافع من الميرة والجلب وسد باب التجارات فيها ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة يجب فيها
الجزية ثم ان رجع الى وطنه بعد مقالة الامام له ذلك قبل تمام السنة فلا سبيل عليه **قال** فان
مكث سنة فهو ذمي لالتزامه الجزية فيعتبر المدة من وقت التقدم اليه لا من وقت دخوله دار الاسلام
وللامام ان يقدر له اقل من ذلك اذا راى كالشهر والشهرين فاذا اقام بعد ذلك صار ذميا وذكر في النهاية
معزيا الى المبسوط ما يدل على انه يصير ذميا عند اقامته في دار الاسلام سنة وان لم يتقدم اليه الامام ثم
قال فانه اذا لم يوقت له الامام مدة فالمعتبر هو الحول لانه لابلاء العذر والحول حسن لذلك كما في تاجيل
العنين ثم اذا صار ذميا بمضي المدة المضروبة له استانف عليه الجزية لحول بعده الا ان يكون شرط عليه انه
ان مكث سنة اخذها منه فياخذها منه حين كما تمت السنة **قال** فلم يترك ان يرجع اليهم كما لو وضع
عليه الخراج او نكحت ذميا لا عكسه يعني لا يترك ان يرجع الى دار الحرب بعد ما مكث في دارنا سنة كما لا يترك
ان يرجع اليهم بعد ما وضع عليه الخراج واذا تزوجت الحربية ذميا لانها تصير بذلك ذمية لالتزامها المقام
معه لا عكسه وهو ما اذا تزوج الحربي ذمية لانه لا يصير بذلك ذميا لعدم التزامه المقام في دارنا لتمكنه
من طلاقها فلا يمنع اذا خرج الى دار الحرب واذا صار ذميا يمنع لان في عوده ضررا بالمسلمين بعوده حربا علينا
وبتوالد في دار الحرب وقطع الجزية **وقوله** كما لو وضع عليه الخراج دليل على انه لا يصير ذميا بشراء
ارض الخراج حتى يوضع عليه الخراج ومن المشايخ من قال يصير ذميا بنفس الشراء لانه لما اشتراها وحكم الشرع
فيها بوجوب الخراج صار ملتزما حكما من احكام الاسلام والمراد من وضع الخراج الزامه بمباشرة الزراعة
او تعطيلها عنها مع التمكن وهو الصحيح لان الشراء قد يكون للتجارة فلا يدل على التزامه احكام الاسلام واما
المزارعة او ترك الارض على ملكه الى اوان الخراج فدليل على التزامه احكام الاسلام فيصير ذميا فيترتب
عليه احكام اهل الذمة من وجوب القصاص بقتله ومنعه الرجوع الى دار الحرب وسائر احكام اهل الذمة
واول مدته من وقت الوجوب حتى اذا لزمه الخراج يلزمه الجزية لسنة مستقبلة لصيرورته ذميا
بلزومه **وقوله** او نكحت ذميا دليل على انها تصير ذمية بنفس التزوج لان المراة تابعة للرجل في السكنى حتى
كان له ان يسكنها حيث شاء وتصير مقيمة باقامته فصارت راضية بالمقام معه في دارنا فتصير ذمية بمجرد
التزوج **وقوله** لا عكسه اي لو تزوج حربي ذمية لا يصير ذميا لانعكاس الاحكام التي ذكرناها **قال**
فان رجع اليهم وله وديعة عند مسلم او ذمي او دين عليهما حل دمه اي الحربي المستامن رجع الى دار الحرب
وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا عليهما حل دمه بالعود الى دار الحرب لانه ابطل امانه فعاد حربيا
وما كان في ايدي المسلمين او الذميين من ماله فهو باق على ما كان عليه حرام التناول لان حكم امانه في حق ماله
لا يبطل **قال** فان اسر وظهر عليهم فقتل سقط دينه وصارت وديعته فيئا اما الوديعة فلانها في يده حكما
لان يد المودع كيده تقديرا فيصير فيئا تبعا لنفسه فصار كما اذا كانت في يده حقيقة وعن ابي يوسف انها

له
تصير ملكا للمودع لان يده فيها اسبق فكان بها احق واما الدين فلان اليد عليه لا يكون الا بواسطة المطالبة
وقد سقطت لبطلان ما لحقه اذ مملوكيته بالاسر تنافي مالكيته الدين واذا لم يبق مملوكا له صار ملك من
عليه لان يده اسبق اليه من يد غيره ولا طريق لجعله فيئا لان الفيء هو الذي يملك قهرا ولا يتصور ذلك في
الدين لانه ليس بمال على التحقيق بل هو عبارة عن وجوب تمليك المال فلم يكن الاستيلاء على ما فيه استيلاء عليه
ولو كان له رهن فعند ابي يوسف يأخذه المرتهن بدينه وقال محمد يباع ويوفى بثمنه الدين والفاضل لبيت
المال **قال** وان قتل ولم يظهر او مات فقرضه ووديعته لورثته لان حكم الامان باق لعدم بطلانه
فيرد على ورثته لانهم قائمون مقامه بخلاف المسألة الاولى لان نفسه لما كانت مغنومة تبعها ماله لان يد
المودع كيده وهنا نفسه لم تصر مغنومة فكذا ماله فانه مات والمال في يده لما ذكرنا **فان قيل**
ينبغي ان يكون ماله فيئا كما اذا اسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دار الحرب
يكون فيئا فلا يكون يد المودع كيد المودع **قلنا** يد المودع كيد المالك من وجه دون وجه والعصمة ما كانت
ثابتة في المستشهد به لما ان دار الحرب ليست بدار عصمة فلا يصير معصومة بالشك وفي هذه العصمة
كانت ثابتة فيها وقت الايداع اذ دار الاسلام دار العصمة ولم يظهر على دارهم فيبقى على حالها معصومة
فلا يزول بالشك **قال** وان جاءنا حربي بامان وله زوجة ثم اي في دار الحرب وولد صغار وكبار
ومال عند مسلم وذمي وحربي فاسلم هنا ثم ظهر عليهم فالكل فيء اما المراة وما في بطنها والكبار فلانهم
بابا الغنائم واما اولاده الصغار فلان الصغير انما يتبع اباه ويصير مسلما باسلامه اذا كان في يده وتحت
ولايته ومع تباين الدارين لا يتصور ذلك واموالهم لم تصر محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل
فيئا وغنيمة ولو سبي الصبي في هذه المسألة وصار في دار الاسلام فهو مسلم تبعا لابيه لانهما اجتمعا في دار
واحدة بخلاف ما قبل اخراجه الى دار الاسلام حيث لا يكون مسلما لما بينا من اختلاف الدارين ثم هو فيء على
حاله لما ذكرنا وكونه مسلما لا ينافي الرق لما عرف في موضعه **قال** وان اسلم ثم اي في دار الحرب ثم جاء
اي الى دار الاسلام فظهر عليهم اي على اهل الحرب فولده الصغير حر مسلم وما اودعه عند مسلم او ذمي فهو له
وغيره فيء وهو اولاده الكبار والمراة والعقار لانه لما اسلم في دار الحرب تبعه اولاده الصغار لاتحاد
الدار واحرز ما في يده او وديعة عند من ذكره لانه في يد صحيحة محترمة بخلاف ما اذا كان مودعا عند
حربي على ما ذكرنا بالغنائم في حربي اسلم في دار الحرب ولم يخرج الى دار الاسلام لان حكم المسلمين واجراء
الاسلام حصل فيهما في دار الحرب فكل حكم عرف في ذلك فهو الحكم في هذه **قال** ومن قتل مسلما خطأ لا ولي
له او حربيا جاءنا بامان فاسلم فديته على عاقلته للامام لانه قتل نفسا معصومة خطأ وفيها النصوص الواردة
في قتل الخطأ ومعنى قوله للامام ان الاخذ له ليضعه في بيت المال لانه نصب ناظرا للمسلمين وهذا من
النظر **قال** وفي العمد القتل او الدية لا العفو اي لو قتل عمدا يجب عليه القتل قصاصا او الدية
بالصلح ينظر فيه الامام فايهما راى اصلح فعل ولا يجوز العفو مجانا لان تصرفه مقيد بالنظر فلا يجوز
له ابطال حق المسلمين بغير عوض وكذا لو كان المقتول لقيطا فللامام ان يقتل القاتل عمدا خلافا لابي يوسف
هو يقول المولود في دار الاسلام لا يخلو عن الوارث غالبا وهو كالمحقق او يحتمل ذلك فكان فيه احتمال
عدم الولاية للامام فكان فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة ولهما ان الحق انما يثبت للولي بطريق

واولاده

اذا سبي ثم

فاما مقام الميت نظر للميت والمجهول الذي لا يمكن الوصول اليه لا ينتفع به الميت فلا يصلح ولنا فصار وجوده كعدمه فينتقل الولاية الى السلطان او الى العامة كما في الارث ولا يقال يرد من له الحق يوجب سقوط القضا كالمكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث غير المولى لانا نقول السلطان هاهنا نائب عن العامة فصار الولي واحدا بخلاف مسئلة المكاتب

باب العشر والخراج والجزية

قال ارض العرب وما اسلم اهله او فتح عنوة وقسم بين الغانمين عشرية اما ارض العرب فلانه عليه السلام والخلفاء من بعده لم ياخذوا الخراج من ارض العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في اراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان الخراج من شرطه ان يقر اهلها عليها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف لقول عائشة رضي الله عنها اخر ما عهد الينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان قال لا تتركوا بجزيرة العرب دينان رواه احمد وحدها طولا ما وراء ريف العراق الى اقصى صخر باليمن وعرضا من جدة وما والاها من الساحل الى حد الشام واما ما اسلم اهله عليه او فتح عنوة وقسم بين الغانمين فلان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر اليق به لان فيه معنى العبادة حتى يصرف مصارف الصدقات ويشترط فيه النية وارفق لانه اخف من الخراج لتعلقه بحقيقة الخارج بخلاف الخراج قال والسواد وما فتح عنوة واقر اهله عليه او صالحهم خراجية لان عمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع عليهم الخراج بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ووضع على مصر حين فتحها عمرو بن العاص واجمعت الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام ولان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به لما فيه من معنى العقوبة والتغليظ حتى يجب عليه بالتمكن من الزراعة ولا يشترط فيه حقيقة الاخراج وهو الزم من العشر ايضا وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر والخراج متعلقان بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج والمراد بالانهار التي احتفرتها الاعاجم كنهر يزدجرد ليكون المسئلة اجماعية لان الانهار العظام كسيحون وجيحون فيها خلاف بين ابي يوسف ومحمد وقد ذكرناه في الزكاة وكذا المراد في هذا التفصيل في حق المسلم اما الكافر فيجب عليه الخراج من اي ماء سقي لان الكافر لا يبتدى بالعشر ولانا نفينا التفصيل في حالة الابتداء اجماعا وانما الخلاف في حالة البقاء فيما اذا تملك ارضا عشرية هل يجب عليه الخراج او العشر او العشران وقد ذكرناه في الزكاة ولا يقال اذا وضع الخراج على المسلم باعتبار الماء كان ابتداء المسلم بالخراج وذلك غير جائز لانا نقول ليس هذا بابتداء وضع على المسلم بل الارض لما لم تقم الا بالماء اعتبر الماء الماخوذ من العدو فجعلنا وظيفته الخراج والمسلم اذا اسقى ارضه به فقد التزم الخراج في حالة البقاء ومثله لا يمتنع بالاسلام الا ترى انه اذا اشترى الخراجية يؤدي خراجها لما قلنا وانما لم يوظف النبي صلى الله عليه وسلم على اراضي مكة مع انها فتحت عنوة واقر اهلها عليها لان العرب لا يوضع على اراضيهم الخراج كما لا يوضع على رقابهم الجزية والرق على ما عرف في موضعه ثم ارض السواد مملوكة لاهلها عندنا وقال الشافعي ليست بمملوكة لهم وانما هي وقف على المسلمين واهلها مستاجرون لها لان عمر رضي الله عنه استطاب قلوب الغانمين عن اجرها وقال ابو بكر الرازي هذا غلط لوجوه احدها ان عمر لم يستطب قلوبهم بل ناظرهم عليه وشاور الصحابة على وضع الخراج وامتنع بلال واصحابه فدعا عليهم واين الاسترضاء ثانيها ان اهل الذمة لم يحضروا الغانمين على تلك الاراضي فلو كان اجارة لاشترط حضورهم ثالثها انه لم يوجد في ذلك رضى اهل الذمة ولو كانت اجارة لاشترط رضاهم ورابعها ان عقد الاجارة لم يصدر منهم ومن عمر ولو كانت اجارة لوجب العقد وخامسها ان جهالة الاراضي تمنع صحة الاجارة وسادسها جهالة المدة تمنع من صحتها ايضا وسابعها ان الخراج مؤبد وتأبيد الاجارة باطل وثامنها ان الاجارة لا تسقط بالاسلام والخراج يسقط عنده وتاسعها ان عمر اخذ الخراج من النخل دونه ولا يجوز اجارتها وعاشرها ان جماعة من الصحابة اشتروها فكيف يشترون الارض المستاجرة وكيف يجوز لهم شراؤها قال ولو احيى ارضا مواتا يعتبر قربه اي قرب ما احيا فان كانت الى الخراج اقرب فهي خراجية وان كانت الى العشر اقرب فهي عشرية وهذا عند ابي يوسف لان حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز احياء ما قرب من العامر وقال محمد رحمه الله ان احياها بماء الخراج كالانهار التي احتفرتها الاعاجم فهي خراجية والا فعشرية لما ذكرنا وهذا التفصيل في حق المسلم واما الكافر فيجب عليه الخراج مطلقا قال رحمه الله والبصرة عشرية لاجماع الصحابة على ذلك والقياس ان تكون خراجية لانها فتحت عنوة واقر اهلها عليها من جملة اراضي العراق ولكن ترك ذلك باجماعهم وهذا اورد اشكالا على قول ابي يوسف حيث لم يعتبر فيها الحيز وليس هذا بظاهر لانه انما يعتبر الحيز في الاراضي المحياة لا في المفتوحة عنوة ثم الخراج على نوعين خراج مقاسمة وهو ان يكون الواجب جزءا شائعا من الخارج كالربع والخمس ونحو ذلك وخراج وظيفة وهو ان يكون الواجب شيئا في الذمة يتعلق بالتمكن من الزراعة وهو ما وضعه عمر رضي الله عنه على سواد العراق على ما نبينه قال وخراج جريب صلح للزرع صاع ودرهم وفي جريب الرطبة خمسة دراهم وفي جريب الكرم والنخل عشرة دراهم لانه المنقول عن عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف وحذيفة ابن اليمان فمسحا سواد العراق فبلغت ستة وثلاثين الف الف جريب ووضعا على نحو ما قلنا بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان اجماعا ولان المؤن متفاوتة فيجب على اخفها الاكثر وعلى اشدها الاقل وعلى الوسط الوسط والجريب ستون ذراعا في ستين ذراعا بذراع كسرى وانه يزيد على ذراع العامة بقبضة وقيل هذا جريب سواد العراق وفي غيرهم يعتبر على ما هو المعتاد عندهم والصاع اربعة امنا والمنا مائتان وستون درهما ويعطى الدرهم من اجود النقود وذكر في النهاية معزيا الى فتاوى قاضي خان ان القفيز من الحنطة والشعير لفظ المحيط وقال الكافي هو يكون من الحنطة وقال كذا في حساب العشر والخراج ثم قال وذكر في موضع اخر ويكون هذا القفيز مما يزرع في تلك الارض وهو الصحيح وما ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه مما سوى ما ذكرنا كالزعفران والبستان يوضع عليه بحسب الطاقة اعتبارا بما وضعه عمر الا ترى انه اعتبر الطاقة حيث قال لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخراج ولا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين ولا يزاد عليه لان للامام حكم الكل قال وان لم تطق ما وظف نقص بخلاف الزيادة يعني لا يجوز وان طاقت لان قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما ما لا تطيق وقولهما بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت يدل على جواز النقصان عند عدم الطاقة وعلى عدم جواز الزيادة عند الطاقة للزيادة لان مراد عمر ان ينقصه عند عدم الطاقة لما وضع فلولا انه يجوز لما قصد ذلك واخبراه بانها تطيق اكثر من ذلك ولم يزد فلو كان جائزا لزاده ثم الحال

في هذا انه لا يجوز الزيادة على ما وظفه عمر رضي الله عنه في سواد العراق لانه خلاف اجماع الصحابة رضي
الله عنهم اجمعين وما وظفه امام آخر في ارض فتحها هو كتوظيف عمر في العراق لانه باجتهاد فلا ينقض
باجتهاد مثله ولو اراد ان يوظف ابتداء على ارض بقدر طاقتها زيادة على ما وظفه عمر جاز عند محمد لانه انشاء
حكم باجتهاد وليس فيه نقض حكم وعند ابي يوسف لا يجوز وهو رواية عن ابي حنيفة لان خراج التوظيف
مقدر شرعا واتباع الصحابة رضي الله عنهم فيه واجب لان المقادير لا تعرف الا توقيفا والتقدير يمنع
الزيادة لان النقصان يجوز اجماعا فتعين منع الزيادة لئلا يخلو التقدير عن الفائدة **قال** ولا خراج
ان غلب على ارضه الماء او انقطع او اصاب الزرع آفة **اما** في الفصلين الاولين فلفوات النماء التقديري
المعتبر في الخراج وهو التمكن من الزراعة في كل الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط **واما** الثالث
فلانه اذا وجد الاصل الذي كان التمكن قائما مقامه سقط الخلف وتعلق الحكم بالاصل واذا هلك بطل ما
تعلق به وصار كالعشر في هذه الحالة فسلم بسلامة الخارج وبطل بهلاكه وعلى هذا لو منعه انسان من الزراعة
لا يجب عليه الخراج لانه لم يتمكن من الزراعة والتمكن شرط فيه وقالوا في الاصطلام انما يسقط عنه اذا لم
يبق من السنة مقدار ما يمكنه ان يزرع الارض ثانيا واما اذا بقي من المدة قدر ذلك فلا يسقط والمراد
ايضا ان يذهب كل الخارج اما اذا ذهب بعضه فان بقي مقدار الخراج ومثله بان بقي مقدار درهمين
وقفيزين يجب الخراج لانه لا يزيد على نصف الخارج وان بقي اقل من ذلك يجب نصفه لان التنصيف عين
الانصاف على ما مر **قال** رحمه الله وان عطلها صاحبها او اسلم او اشترى ارض خراج يجب اي يجب
الخراج في هذه الصور كلها **اما** اذا عطلها صاحبها فلان التمكن كان ثابتا وهو المعتبر في هذا الباب فلا
يعذر في التقصير هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة ولم يزرعها واما اذا
عجز المالك عن الزراعة باعتبار قوته واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من
نصيب المالك ويمسك الباقي له وان شاء آجرها واخذ الخراج من اجرتها وان شاء زرعها بنفقة من بيت
المال فان اخذ الخراج من نصيب صاحب الارض وان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ
من ثمنها الخراج وقال في النهاية هذا بلا خلاف لانه الحاق الضرر بالواحد لاجل العامة وعن ابي يوسف
انه يدفع الى العاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها ولو انتقل الى اخس منها بان زرعها من غير عذر فعليه
خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس بالدعاوى
الباطلة بان يقول كانت هذه الارض قبل هذا كيت وكيت لشيء هو اخس مما فيها فيسد هذا حتى لا يفتح لهم باب
الظلم **واما** اذا اسلم صاحب الارض الخراجية فلان الخراج فيه معنى المؤنة ومعنى العقوبة فيعتبر مؤنة
في حالة البقاء فيبقى على المسلم وعقوبة في الابتداء فلا يبتدأ المسلم به ولان الخراج من آثار الكفر فجاز بقاؤه
على المسلم كالرق بخلاف الجزية فان الراس لا مؤنة فيه فيسقط والارض لا تخلو عن مؤنة فلو سقط الخراج
لاحتجنا الى ايجاب شيء آخر من المؤن ولان في الجزية صغارا ايضا فلا يبقى بعد الاسلام بخلاف الخراج وقد
روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم انهم اشتروا الارض الخراج وادوا خراجها فدل على بقائه على المسلم
وجواز شرائه واداءه من غير كراهة **واما** اذا اشترى المسلم ارض الخراج فلما بينا ثم ان بقي من السنة مقدار
ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع **قال** ولا عشر في خارج ارض الخراج

وقال الشافعي يجب فيه العشر مع الخراج لانهما حقان مختلفان ذاتا ومحلا وسببا ومصرفا فان الخراج
مؤنة فيها معنى العقوبة والعشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج يجب في الذمة والعشر في الخارج ويجب
الخراج بالتمكن والعشر بحقيقة الخارج ويصرف الخراج في مصالح المسلمين والعشر للفقراء فوجوب احدهما
لا ينافي الآخر **ولنا** قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل
والجور لم يجمع بينهما فصار اجماعا عملا وكفى بهم قدوة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا واقر اهلها عليها
والعشر في ارض اسلم اهلها عليها طوعا او قسمت بين الغانمين والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب
الحقين واحد وهي الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض
والاضافة تدل على الاختصاص وهو بالسببية وكل واحد منهما مؤنة ارض نامية ولا يجتمع وظيفتان بسبب
ارض واحدة وعلى هذا الخلاف الزكاة مع العشر او الخراج حتى لو اشترى ارضا عشرية او خراجية للتجارة ففيها
العشر او الخراج دون زكاة التجارة عندنا وعنده يجب الزكاة مع احدهما وهم معه فيه لاختلاف محلهما لان
العشر محله الخارج وكذا الخراج للزرع احدهما حقيقة وفي الآخر تقديرا والزكاة محلها مال التجارة وهي الارض
فلا تنافي بينهما كدين ثمن الارض معها بخلاف العشر والخراج لان محلهما واحد على ما بينا قلنا ان العشر والخراج مؤنة
الارض النامية ولهذا يضافان اليها وكذا الزكاة وظيفة المال النامي وكذا العشر والخراج واحد وهو الارض
النامية وكل واحد منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله تعالى كما لا يجب زكاة
السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد فصار كالعشر والخراج بخلاف دين ثمن الارض مع احدهما لان الدين
يجب للعبد والعشر والخراج لله تعالى فلا تنافي بل يجتمعان وان كانا بسبب ملك مال واحد ثم اذا ثبت انهما
لا يجتمعان كان العشر او الخراج اولى من الزكاة بالوجوب لانهما صارا وظيفة لازمة لها ولا يسقطان بعذر الصبي
والجنون والرق وهما اسبق وجوبا من الزكاة فيترك على حالهما ثم الخراج لا يتكرر بتكرر الخارج في سنة لان
عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق كونه عشرا الا بوجوبه في كل الخارج والله اعلم

فصل

قال الجزية ان وضعت بتراض لا يعدل عنها لانها تقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما
روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل نجران على الفي حلة النصف في
صفر والنصف في رجب وعارية ثلاثين درعا وثلاثين فرسا وثلاثين بعيرا من كل صنف من اصناف السلاح يغزون بها
والمسلمون ضامنون لها حتى يردوها عليهم الحديث رواه ابو داود وكانوا نصارى وهم اول من اعطى الجزية من اهل
الكتاب وعن عمر بن عبد العزيز ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل اليمن ان على كل انسان منكم دينارا كل سنة
او قيمته من المعافر رواه الشافعي في مسنده **قال** والا توضع على الفقير المعتمل اثني عشر درهما وعلى
وسط الحال ضعفه وعلى المكثر ضعفه يعني اذا لم توضع بالتراضي بل وضعت بالقهر بان غلب الامام على الكفار
واقرهم على املاكهم فيوضع على الفقير المعتمل في مثل هذه الحالة اثنا عشر درهما يؤخذ منه في كل شهر درهم وعلى
المتوسط اربعة وعشرون يؤخذ منه في كل شهر درهمان وعلى المكثر وهو الغني الظاهر الغنى ثمانية واربعون
درهما يؤخذ منه في كل شهر اربعة دراهم نقل ذلك عن عمر وعثمان وعلي والصحابة متوافرون ولم ينكر عليهم احد
منهم فصار اجماعا وقال الشافعي يضع الامام على كل حالم دينارا لما روينا قلنا كان ذلك بالصلح ولفظه يدل
عليه فانه قال ان على كل انسان منكم دينارا ولم يجب على الكل الا بالتراضي والصلح واما الجزية التي يضعها الامام

ابتدا فالمسألة ان يضع الاعلى الرجال والذي يدل على ذلك ما روي عنه عليه السلام انه قال لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا وهذا تصريح بانها كانت بالصلح لان الحالمة لا يوخذ منها الا به ولانها وجبت نصرة على المقاتلة فيجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لان نصرة الدين واجب بالنفس والمال وبنفسه لا يصلح بخلاف المال فيجب على التفاوت او نقول انها بدل عن النصرة بهما والنصرة بهما متفاوت بقوة النفس وكثرة الوفر فالفقير ينصر راجلا والمتوسط راكبا والفايق يركب ويركب غلامه فلا بد له ثم ذكر في المبسوط ان الفايق في الغنى هو صاحب المال الكثير الذي لا يحتاج الى العمل ولا يمكن ان يقدر بشي في المال فقد قيل ان ذلك يختلف باختلاف البلدان والاعصار ففي العراق من يملك خمسين الفا لا يعد وسط الحال وفي ديارنا من يملك عشرة الاف يعد غنيا فيجعل ذلك موكولا الى راي الامام والمتوسط الذي له مال لكنه لا يستغني بماله عن التسبب والفقير المعتمل هو الذي يكسب اكثر من حاجته وذكر في النهاية معزيا الى الايضاح لو مرض الذمي السنة كلها فلم يقدر ان يعمل وهو موسر لا يجب عليه خراج راسه لما ذكرنا انه يجب على الصحيح المعتمل وكذا لو مرض اكثرها اقامة للاكثر مقام الكل وكذا لو مرض نصف السنة ترجيحا لجانب الاسقاط في العقوبة ذكره في الاختيار **قال** وتوضع على كتابي ومجوسي ووثني عجمي لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية ووضع عليه السلام الجزية على المجوس وروي عن عمر رضي الله عنه انه لم ياخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان النبي صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس هجر رواه احمد والبخاري وجماعة اخر وروي ان عمر ذكر المجوس فقال ما ادري كيف اصنع في امرهم فقال له عبد الرحمن بن عوف اشهد اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب رواه الشافعي وهو دليل على انهم ليسوا من اهل الكتاب وعن المغيرة بن شعبة انه قال لعامل كسرى امرنا نبينا صلى الله عليه وسلم ان نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده او تودوا الجزية رواه احمد والبخاري وكانوا عبدة الاوثان وفيه خلاف الشافعي والحجة عليه ما ذكرنا ولانه يجوز استرقاقهم فكذا وضع الجزية عليهم لانه استرقاق معنى اذ به يلحقه الصغار والذل ويودي كسبه للمسلمين وتفقته في كسبه واي رق دون اعظم من ذلك **قال** لا عربي ومرتد اي لا توضع الجزية على عبدة الاوثان من العرب ولا على المرتد لتغلظ كفرهما اما مشركوا العرب فلانه عليه السلام نشا بين اظهرهم والقران نزل بلغتهم والمعجزة في حقهم اظهر لانهم كانوا اعرف بمعانيه ووجوه الفصاحة فغلظ عليهم قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون واما المرتد فلانه كفر بربه بعد ما راى محاسن الاسلام وبعد ما هدي اليه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة في حقهم واذا ظهر عليهم فنساوهم وذراريهم فيء لانه عليه السلام كان يسترق ذراري مشركي العرب وابو بكر استرق نساء بني حنيفة وصبيانهم وكانوا ارتدوا ومن لم يسلم من رجالهم من الفريقين قتل ولم يسترق لما ذكرنا وهذا المرتد اغلظ من مشركي العرب ولهذا يجبر نساء المرتدين وذراريهم على الاسلام ولا يجبر نساء عبدة الاوثان من العرب وذراريهم على الاسلام **قال** وصبي وامراة وعبد ومكاتب وزمن واعمى وفقير غير معتمل وراهب لا يخالط اي لا توضع على هولاء الجزية لانها خلف عن النصرة وعقوبة ولا يجب عليهم النصرة بالقتال ولو ادرك الصبي او افاق المجنون او عتق العبد او برا المريض قبل وضع الامام الجزية وضع عليهم وبعد وضع الجزية لا توضع عليهم لان المعتبر اهليتهم وقت الوضع اذ الامام يخرج في تعرف حالهم فيضع على من هو اهل في ذلك الوقت والا فلا على الفقير

اذا ايسر بعد الوضع حيث يوضع عليه لانه اهل الجزية وانما سقطت عنه لعجزه وقد زال ذكره في الاختيار **قال** وتسقط بالاسلام والموت اي الجزية وقال الشافعي لا تسقط بهما بعد مضي السنة لانها استقرت في ذمته بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد حيث لا تسقطان بالاسلام ولا بالموت ولنا انها وجبت عقوبة على الكفر ⬤ لا عن النصرة ولا تبقى العقوبة على الكفر بعد الاسلام ولا تقيمها بعد الموت وقد قدر بالاسلام على النصرة بدنه فلا يجب عوضها وبالموت يجز عن الاسلام فلا يجب الخلف اذ شرطه تصور الاصل والعصمة تثبت بكونه ادميا على ما بينا وهو يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدلهما ولا يرد علينا الرق حيث يبقى بعد الاسلام لانه في حالة البقاء ليس بعقوبة وانما هو من الامور الحكمية حتى يسري الى الولد تبعا فالحربه **قال** والتداخل اي تسقط بالتداخل ومعناه اذا لم يوخذ منه الجزية حتى حال عليه حولان وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا تسقط ويوخذ منه جزية سنتين وهو قول الشافعي لانها عوض والاعواض لا تسقط بمضي الزمان فصار كخراج الارض بخلاف ما اذا اسلم على قولهما لانه بعد الاسلام تعذر استيفاؤها من الوجه الذي شرعت فيه وهو الصغار لان المسلم يوقر ولا يحقر والمشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة فسقطت للتعذر ولابي حنيفة انها عقوبة وجبت على الكفر يوخذ منه على وجه الاذلال ولهذا لو بعثها على يد غلامه او نائبه لا يمكن من ذلك في اصح الروايات بل كلف ان يحضر بها بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعدا وفي رواية ياخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول له اعط الجزية يا ذمي والعقوبات الواجبة اذا اجتمعت تداخلت اذا كانت من جنس واحد كالحدود الا ترى ان الكفارات الافطار تتداخل وان كانت عبادة لما فيها من معنى العقوبة فالعقوبة التي ليس فيها معنى العبادة اولى لانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وكلاهما يوجب السقوط لان القتل يكون في حراب قائم في الحال ولذا النصرة تكون في المستقبل دون الماضي لانه مستغنى عنه فلا يتصور فيه التدارك والاثرة ولهذا الوفاة عند تمام السنة او قبل التمام لا يوخذ منه وخراج الارض قيل على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه اتفاقا لانه يجب مونة الارض قائما مقام العشر ولهذا لا يجتمعان والعشر لا تداخل فكذا بدله وفي الجامع الصغير ومن لم يوخذ منه خراج راسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم يوخذ منه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يوخذ منه فحمله بعض المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب باخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وانه يجري على حقيقته فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء وظاهر قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون يدل على ذلك لان الله تعالى جعل الاعطاء غاية ينتهي اليه القتال ويجب ترك القتال في اول السنة ولا ينتظر فيه الحولان الحول فكذا الاعطاء وهذا لانها وجبت لاسقاط القتل فيجب للحال كالواجب بالصلح عن دم العمد ولان المعوض سلم لهم للحال فوجب عليهم العوض كذلك ولا يلزمنا التياسر على خراج الارضين لانه في معنا بلوغ الانتفاع بالارض فما لم تسلم لهم المنفعة لا يجب عليهم الاجرة ولا يلزمنا الزكاة لانها انما وجبت في اخر الحول ليتحقق النماء اذ هي لا تجب الا في المال النامي **قال** ولا يحدث بيعة ولا كنيسة في دارنا لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة اي لا يحدث لخصاء تقول خصاه يخصيه خصاء على فعال بمعنى الاخصاء وقيل هو المراد بقوله تعالى ولامرنهم فليغيرن خلق الله وقيل المراد به التبتل والعزلة والامتناع عن النساء كما يفعله رهبان النصارى

فانه خصا معنى والمراد بالنهي عن الكنيسة احداثها اي لا يحدث كنيسة في دار الاسلام في موضع لم تكن فيه
وبيتا لنار كالكنيسة **قال** ويعاد المنهدم اي يعاد المنهدم من الكنائس والبيع القديمة لانه جرى
التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا بترك الكنائس في امصار المسلمين ولا تقوم الابنية
دائما فكان دليلا على [illegible] الاعادة ولان الامام لما اقرهم عهد اليهم الاعادة لان الابنية لا تبقى دائما ولا يمكنون
من نقلها الى موضع اخر لانه احداث في ذلك الموضع في الحقيقة والصومعة بمنزلة الكنيسة لانها تبنى للتخلي
للعبادة كالكنيسة بخلاف موضع الصلاة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لان
الامصار هي التي تقام فيها شعائر الاسلام فلا تعارض باظهار ما يخالفها ولهذا يمنعون من بيع الخمر والخنازير
وضرب الناقوس خارج الكنيسة في الامصار بما قلنا ولا يمنعون من ذلك في قرية لا تقام فيها الجمع والحدود
وان كان فيها عدد كثير لان شعائر الاسلام فيها غير ظاهرة وقيل يمنعون في كل موضع لم تشع فيه شعائرهم
لان في القرى بعض الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها من شعائر الكفر والمروي عن ابي حنيفة كان في قرى الكوفة
لان اكثر اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك كله ولا يدخلون فيها الخمر والخنازير ويمنعون
من اتخاذها المشركون مسكنا لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه عليه السلام قال في مرضه الذي مات
فيه اخرجوا المشركين من جزيرة العرب رواه احمد والبخاري ومسلم وعن عمر رضي الله عنه انه سمع رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول لاخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا ادع فيها الا مسلما رواه احمد
ومسلم والترمذي وصححه وعن عائشة رضي الله عنها انها قالت اخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان قال لا يترك بجزيرة العرب دينان وعن ابي عبيدة بن الجراح انه قال اخر ما تكلم به رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال اخرجوا اليهود اهل الحجاز واهل نجران من جزيرة العرب رواهما احمد واجلى عمر اليهود والنصارى
من ارض الحجاز فيما رواه البخاري **قال** ويميز اهل الذمة عنا في الزي والمركب والسرج فلا يركبون الخيل
ولا يعملون بالسلاح ويظهرون الكستيج ويركبون سروجا كالاكف اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين عنا
لان من هو ضعيف المعتقد اذا راهم يتقلبون في النعم والمسلمين في محنة وشدة يخاف ان يميل الى دينهم واليه
وقعت الاشارة بقوله تعالى ولولا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة
الاية وحكاية قارون مع الضعفة من قوم موسى عليه السلام معروفة ظاهرة ولان المسلم يوقر والذمي يحقر
ويضيق عليه الطريق ولا يبدأ بالسلام فلو لم يكن له علامة يميز بها لما وقع التفرقة بينهما فيعامل معاملة
المسلمين واول من اخذ اهل الذمة بالعلامة عمر رضي الله عنه لكثرة الناس في ايامه فراى انه لم يقع التفرقة
بين المسلم والكافر الا بالعلامة وقال عليه السلام ان ما ذكره عمر فالحق معه ولم يامر عليه السلام يهود المدينة
ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر بالعلامة لانهم كانوا معروفين وكانوا لا يشتبهون على احد فلا يحتاجون الى العلامة
ولا يركبون الخيل لانهم ليسوا من اهل الجهاد ولا يلبسون طيالسة مثل طيالسة المسلمين ولا اردية مثل اردية
ولا كل لباس يختص باهل العلم والزهد والشرف وان ركبوا الضرورة من سفر ونقل مريض نزلوا في مجامع
المسلمين ولا يمكنون من لبس ثياب الابريسم ولا يمنعون من الكستيج وهو الخيط الغليظ ويؤمر بتمييز نسائهم
من نساء المسلمين في الطرق والحمام ويجعل على دورهم علامة كيلا يقف عليها السائل فيدعو له بالمغفرة
قال رحمه الله ولا ينتقض عهدهم بالاباء عن الجزية والزنا بمسلمة وقتل مسلم وسب النبي صلى الله عليه

وسلم وقال الشافعي ينتقض امانه بالسب لانه ينقض الايمان فكذا الامان بل اولى لانه دونه وهو خلف عنه
ولنا ان يهوديا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم السام عليك فقال لاصحابه نقتله قال لا رواه البخاري واحمد
فلم ينقض عليه السلام عهده ولم يقتله فيكون حجة عليه وعلى مالك في وجوب القتل بسب النبي صلى الله عليه وسلم
ولان السب كفر منه فالكفر المقارن لا يمنع منه العهد فكذا الطارئ لا يرفعه وهذا لان ما ينتهي به القتال
التزام الجزية وقبولها لا اداؤها وهو باق فلا ينتقض **قال** بل باللحاق ثمة او بالغلبة على موضع للحراب
اي بل ينتقض العهد باللحاق بدار الحرب او بالغلبة على موضع الحراب لانهم صاروا اهل حرب علينا فلا يفيد
العهد بعد ذلك لان المقصود من عقد الذمة دفع الفساد بترك القتال **قال** وصاروا كالمرتد اي صاروا
بالتحاقهم بدار الحرب او بالغلبة صاروا كالمرتد في حل قتلهم ودفع مالهم لورثتهم لانهم التحقوا بالاموات
لتباين الدارين غير انهم يسترقون ولا يجبرون على قبول الذمة بخلاف المرتد حيث لا يسترق ويجبر على
الاسلام لان كفر المرتد اغلظ فاوجب الزيادة في العقوبة ولان المقصود من كل واحد منهما ان يرجع الى
ما كان عليه فبالاسترقاق الذمي يحصل المقصود منه وهو دفع فساده وحرابه بخلاف المرتد لان المقصود
منه الاسلام فلا يحصل باسترقاقه فيصار كمسترق العرب والمال الذي لحق به دار الحرب يكون فيئا وليس
لورثته ان ياخذوه كالمرتد بخلاف ما اذا رجع الى الاسلام بعد ما لحق بدار الحرب واخذ شيئا من ماله
ولحق به دار الحرب حيث يكون لورثته ان ياخذوه لانه حين لحق بدار الحرب ملكوه فللمالك القديم ان ياخذ
ما له مجانا او بعوض على ما بينا وقوله بل باللحاق ثمة الى اخره يفيد اختصاص ما ينتقض به العهد حتى لو
قال نقضت بالقول لا ينتقض ذكره في المحيط **قال** ويؤخذ من تغلبي وتغلبية ضعف زكاتنا وقال
زفر والشافعي لا يؤخذ من نسائهم لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها
ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النساء كما لا جزية على الصبيان ولنا ان عمر رضي الله
عنه صالحهم على ضعف الزكاة بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير والزكاة تجب على النسوان
دون الصبيان فكذا ضعفها والنساء اهل لوجوب المال بالصلح والمصرف مصالح المسلمين لانه مال
بيت المال وذلك لا يختص بالجزية فلا يلزم من صرفه فيه ان يكون جزية وكيف يكون جزية وشرائطه
من وصف الصغار وعدم قبوله من النائب والاعطاء قائما والقابض قاعدا واخذ التلبيب والهز لا
تراعى فيه **قال** ومولاه كمولى القرشي اي في حق الشعبة للمولى فانهما لا يتبعان مولاهما في الجزية
والخراج حتى يوضعان عليهما وان كان القرشي والتغلبي لا يوضعان عليهما وقال زفر رحمه الله يضعف
على مولى التغلبي لانه ملحق بمولاه لقوله عليه السلام ان مولى القوم منهم ولهذا حرمت الزكاة على مولى الهاشمي
ولنا انه لو الحق بالمولى هنا كان تخفيفا اذ التضعيف اخف لما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار والمولى لا
يلحق بالاصل في التخفيف الا يرى ان الجزية توضع على مولى المسلم اذا كان كافرا ولو الحق به لما وضع عليه بلا
حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق مولى الهاشمي في حقنا بالهاشمي ولان الاصل ان لا يلحق
المولى باصله على ما بينا من قبل مولى المسلم وغيره ولكن ورد الحديث في حرمة الصدقة وما روي ان ابا رافع
مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للنبي عليه الصلاة والسلام اتحل لي الصدقة قال عليه السلام لا انت
مولانا ومولى القوم منهم وما ورد على خلاف القياس لا يلحق به ما ليس في معناه وليس هذا في معناه لانه كان

عليه السلام

بالغيبة المعجمة

دار

نه

لا لظهار فضيلة قرابته عليه السلام وفضيلة من ينتمي إليهم ألا ترى أن مولى الغني لا يلحق به في حرمة الصدقة
إذ لا يوازي الهاشمي في استحقاق هذه الكرامة ولأن الغني أهل لأن يأخذ الصدقة وإنما يمنعه منه غناه ولم
يوجد ذلك المعنى فجاز له الأخذ قال رحمه الله والجزية والخراج ومال التغلبي وهديته لأهل الحرب
وما أخذ منهم بلا قتال يصرف في مصالحنا كسد الثغور وبناء القناطر والجسور وكفاية القضاة والعلماء والمقاتلة
وذراريهم لأنه مأخوذ بقوة المسلمين فيصرف إلى مصالح المسلمين وهؤلاء عملة المسلمين قد حبسوا أنفسهم لمصالح
المسلمين فكان الصرف إليهم تقوية للمسلمين ولو لم يعطوا لاحتاجوا إلى الاكتساب وتعطلت مصالح المسلمين
ونفقة الذراري على الآباء فيعطون كفايتهم كي لا يشتغلوا بها عن مصالح المسلمين ولا خمس في ذلك لأنه عليه
السلام لم يخمس الجزية ولأنه مال أخذ بقوة المسلمين بلا قتال بخلاف الغنيمة لأنها مأخوذة بالقهر والقتال
فشرع الخمس فيها لا يدل على شرعه في الآخر ومن جملة هذا النوع ما يأخذه العاشر من أهل الحرب وأهل الذمة إذا
مروا عليه ومال أهل نجران وما صولح عليه أهل الحرب على ترك القتال قبل نزول العسكر بساحتهم كل ذلك
يصرف إلى مصالح المسلمين لما ذكرنا ثم اعلم أن ما يجيء إلى بيت المال أنواع أربعة أحدها هذا الذي ذكرناه مع
مصرفه والثاني الزكاة والعشر ومصرفهما ما ذكره الله تعالى في قوله إنما الصدقات للفقراء الآية وهم سبعة
أصناف وقد ذكرناهم في باب الزكاة والثالث خمس الغنائم والمعادن والركاز ومصرفه ما ذكره الله تعالى
في قوله فأن لله خمسه الآية وقد ذكرناهم في كتاب السير والرابع اللقطات والتركات التي لا وارث لها
وديات مقتول لا ولي له ومصرفها اللقيط الفقير والفقراء الذين لا أولياء لهم يعطون منه نفقتهم وأدويتهم
ويكفن به موتاهم ويعقل به جنايتهم وعلى الإمام أن يجعل لكل نوع من هذه الأنواع بيتا يخصه ولا يخلط بعضه
ببعض لأن لكل نوع حكما يختص به فإن لم يكن في بعضها شيء فللإمام أن يستقرض عليه من النوع الآخر ويصرفه إلى
أهله ثم إذا حصل من ذلك النوع شيء رده في المستقرض منه إلا أن يكون المصروف من الصدقات أو من خمس
الغنيمة على أهل الخراج وهم فقراء فإنه لا يرد فيه شيئا لأنهم مستحقون للصدقات بالفقر وكذا في غيره إذا صرفه
إلى المستحق ويجب على الإمام أن يتقي الله تعالى ويصرف إلى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة فإن قصر
في ذلك كان الله عليه حسيبا قال ومن مات في نصف السنة حرم عن العطاء أي من مات ممن يقوم بمصالح المسلمين
كالقضاة والغزاة ونحوهم لا يستحق من العطاء شيئا والعطاء اسم لما يصرف إليهم لأنه صلة فلا يملك قبل القبض
كالمرأة إذا ماتت ولها نفقة مفروضة في ذمة الزوج واسم العطاء ينبئ عن الصلة وإنما قال مات في نصف
السنة لأنه لو مات في آخر السنة يستحب صرفه إلى قريبه لأنه قد أوفى عناه فيصرف إليه ليكون أقرب
إلى الوفاء ولو عجل له كفاية سنة ثم عزل قبل تمام السنة قيل يجب رد ما بقي من السنة وقيل على قياس قول محمد
في نفقة الزوجة يرجع وعندهما لا يرجع هو يعتبره بالإنفاق على المرأة ليتزوجها وهما يعتبرانه بالهبة

باب المرتدين

قال يعرض الإسلام على المرتد وتكشف شبهته ويحبس
ثلاثة أيام فإن أسلم وإلا قتل لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه رواه أحمد والبخاري وغيرهما
وعرض الإسلام عليه مروي عن عمر رضي الله عنه وهو مستحب على ما قالوا وليس بواجب لأن الدعوة قد
بلغته غير أنه يحتمل أنه اعترته شبهة فيعرض عليه لتزاح ويعود إلى الإسلام لأن عوده مرجو وفي الجامع
الصغير المرتد يعرض عليه الإسلام فإن أبى قتل ولم يذكر فيه الإمهال وفيه روايتان وقال الشافعي رحمه الله

الإمهال واجب ولا يحل للإمام أن يقتله قبل أن يمضي عليه ثلاثة أيام لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا
فلا بد من مدة يمكنه التأمل فيها فقدرناه بالثلاث لأنها مدة ضربت لإبلاء الأعذار ولنا ما روينا وقوله
تعالى اقتلوا المشركين مطلقا ولأنه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال ولا فرق بين الحر والعبد لإطلاق
الدلائل فإن ارتد وتاب ثم ارتد تقبل توبته وهكذا أبدا لأنا نحكم بالظاهر وكان النبي عليه السلام يقبل
ظاهر الإسلام من المنافقين وقال عليه السلام لمن قتل شخصا بعد ما أسلم هلا شققت قلبه وعن أبي يوسف
أنه إذا تكرر منه الارتداد يقتل من غير عرض الإسلام عليه لأنه مستخف بالدين قال وإسلامه أن يتبرأ
عن الأديان أو عما انتقل إليه أي كيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى دين الإسلام ولو تبرأ عما انتقل إليه
صح لحصول المقصود والأولى هو الأول لأن المرتد لا دين له قال وكره قتله قبله أي كره قتله قبل عرض
الإسلام عليه لأن في قتله تفويت العرض المستحب وقال صاحب الهداية معنى الكراهة هنا ترك المستحب
قال ولا ضمن قاتله لأن الكفر بوصف الحراب مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب فلم يضمن لذلك
ولقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه قال ولا تقتل المرتدة بل تحبس حتى تسلم وقال الشافعي
تقتل لما روينا ولأن قتل الرجل لتغلظ جنايته وقد شاركته فيها فتشاركه في جزائها كالقصاص والرجم
ولنا أن المبيح للقتل كفر المحارب بدليل ما روي عنه عليه السلام أنه نهى عن قتل الكافرات بخلاف ما ذكر من القصاص
وغيره لأن الحكم فيه معلق بالجناية دون الحراب وجزاء الكفر لا يقام في الدنيا لأنها دار الابتلاء على ما عرف
والمراد بالحديث المحارب لنا وإلا لوجب قتل الشخص إذا أسلم لأنه بدل دينه وهو الكفر بالإسلام والذي
يدل عليه أن هذا الحديث رواه ابن عباس ومذهبه أن المرأة لا تقتل ومن العجب أن الشافعي أوجب القتل
على اليهودي إذا تنصر أو بالعكس محتجا بهذا الحديث ولا معنى له لأن الكفر كله ملة واحدة وانتقاله من كفر
إلى كفر لا يزيد خبثا ولأن فيه أمرا بأن يرجع إلى ما كان فيه من الكفر والأمر بالكفر كفر فلا يجوز وإذا لم
تقتل المرتدة تحبس إلى أن تسلم لأنها ارتكبت جريمة عظيمة فتحبس حتى تترك وتخرج منها وتضرب في كل ثلاثة
أيام مبالغة في الحمل على الإسلام ولو قتلها قاتل لا يجب عليه شيء للشبهة والأمة يجبرها مولاها لما فيه من
الجمع بين الحقين بأن يجعل منزل المولى سجنا لها ويفوض التأديب إليه مع توفير حقه في الاستخدام وقال
في الأصل دفعت إليه إذا احتاج إليها والصحيح أنها تدفع إليه احتاج أو لم يحتج طلب أو لم يطلب لأن الحبس
يتصرف فيها وذلك إلى المولى قال ويزول ملك المرتد عن ماله زوالا موقوفا فإن أسلم عاد ملكه
وإن مات أو قتل على ردته ورث كسب إسلامه وارثه المسلم بعد قضاء دين إسلامه وكسب ردته فيء
بعد قضاء دين ردته وهذا عند أبي حنيفة وعندهما لا يزول ملكه لأن قاتل الردة ينظر في إباحة دمه لا
في زوال ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقود ولأنه مكلف فيكون كامل الأهلية وذلك ببقاء ملكه ولأنه
لا يمكنه القيام بما طولب به إلا بملكه فيبقى ملكه ضرورة التمكن وله أن الملك عبارة عن القدرة والاستيلاء
وإنما يكون ذلك باعتبار العصمة وقد زالت عصمة نفسه بالردة لأنه يصير بها حربيا حتى يقتل وكذا
عصمة ماله لأنه تبع لها ولأنه هالك حكما فصار كالهالك حقيقة غير أنه يدعى إلى الإسلام بالإجبار عليه
ويرجى عوده إليه لوقوفه على محاسنه فلم يتم سبب الزوال فتوقفنا في أمره فإن أسلم جعل كأن لم يزل
مسلما فلم يعمل السبب عمله فإن مات أو قتل على ردته استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه واستقل الكسبة

في اسلامه الى ورثته المسلمين وما اكتسبه في حال ردته فيء عملا بالدليلين وعندهما كلاهما لورثته
المسلمين ان فضل من الدين وقال الشافعي كلاهما فيء لان المسلم لا يرث الكافر لا سيما المرتد فانه لا يرث
احدا فوجب ان لا يرثه احد كالرقيق وهذا لان اتحاد الملة سبب الارث واختلافها سبب الحرمان وبهذا
لا يرثه موافقه فمخالفه اولى فاذا سقطت الوراثة وهو مال حربي لا امان له فيكون فيئا للمسلمين ولنا
انه كان مسلما مالكا للمال فاذا تم هلاكه يخلفه وارثه في ماله كما لو مات مسلما وهذا لان الردة هلاك
الا ان تمامه بالموت والقتل فاذا تم استند التوريث الى اول الردة وقد كان مسلما عند ذلك فيخلفه وارثه
المسلم فيه فيكون توريثا من المسلم اذ الحكم عند تمام سببه يثبت من اول السبب كالبيع بشرط الخيار اذا اجيز
يثبت الملك فيه من وقت العقد حتى يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ولهما ان ملكه في الكسبين
بعد الردة باق ولهذا لو مات ينتقل الى ورثته بموته فيستند الى ما قبل ردته فيكون توريث المسلم من المسلم
ويمكن اسناد كسب الردة الى ما قبل الردة نظرا الى سبب الكسب وهو نفسه فيجعل كان الكسب موجودا
وله ان اسناد التوريث الى اول الردة في كسب الاسلام ممكن لوجوده عندها ولا يمكن اسناد التوريث في كسب
الردة لعدمه عندها ومن شرط الاسناد ان يكون موجودا عنده فلو ثبت فيه حكم التوريث لثبت مقتصرا على
الحال وهو كافر عند الاكتساب والمسلم لا يرث الكافر ثم اختلفت الروايات عن ابي حنيفة فيمن يرث المرتد
فروى الحسن عنه انه يرثه من كان وارثا له وقت ردته وبقي كذلك الى وقت موته او قتله او القضاء بلحاقه
حتى لو مات وارثه قبله او حدث له وارث اخر بعد ارتداده بعتق او اسلام او علوق حادث لا يرث لان السبب
لا يعتبر الا في حق من انعقد له ويشترط بقاؤه الى وقت تمام السبب لانه اوان الاستحقاق كما في البيع
الموقوف حيث يشترط فيه بقاء المبيع والمتعاقدين وروى ابو يوسف عنه انه يعتبر وجوده وقت الردة ولا
يبطل بموته او بشيء اخر قبل موت المرتد لان ردته في حكم الموت فلا يعتبر الا عندها وروى محمد عنه انه يعتبر
كونه وارثا عند موت المرتد او قتله او القضاء بلحاقه وهو الاصح لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل
تمامه كالموجود عند ابتداء السبب الا ترى ان الزيادة التي تحدث من المبيع قبل القبض يجعل كالموجود عند
ابتداء العقد حتى اذا قبضه مع الاصل صار له حصة من الثمن وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل او قضي
عليه باللحاق وهي في العدة لانه صار فارا بالردة اذ الردة بمنزلة المرض لانها سبب الموت فيتعلق حقها
بماله وينبغي ان ترث على رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة رضي الله عنهما اذا مات او قتل او قضي عليه باللحاق
بعد انقضاء عدتها او ارتد قبل الدخول بها لانه يشترط ان يكون وارثا الا عند الردة في تلك الرواية فلا
معنى لاشتراط قيام العدة عند الموت والمرتدة لا يرثها زوجها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها والزوجية
قد انقطعت بالارتداد الا ان تكون مريضة فيرثها لان حقه تعلق بمالها في مرضها فتصير فارة بالارتداد
كتقبيلها ابن زوجها او فسخها النكاح بخيار البلوغ ونحوه ويرثها اقاربها جميع مالها حتى المكسوب في
ردتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة على ما بينا **قال**
وان حكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت ديونه لانه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق
احكام اهل الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما انقطعت عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه
الا بحكم الحاكم لاحتمال ان يعود الينا فلا بد من القضاء وفيه خلاف الشافعي بناء على انه لا يجعل الدار

عنده اذ الدنيا كلها دار واحدة ونحن قد بينا المعنى فيه فاذا ثبت انه موت ثبتت احكام الموتى من
عتق المدبر وام الولد وحلول الدين الذي عليه فيقضى دين كل من الكسب في تلك الحالة من الردة والاسلام
على ما تقدم لان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار سببه الذي وجب فيه
الدين فيقضى كل دين من الكسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم هذه رواية عن ابي حنيفة وعنه انه يبدأ
بكسب الاسلام في قضاء الدينين فان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة لان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه
الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق الميت فيقدم الدين عليه اما كسب الردة فليس بمملوك له
لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل اخر فحينئذ يقضى به كالذمي
اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذا هذا وعنه انه يبدأ
بكسب الردة فان لم يف بذلك يقضى من كسب الاسلام لان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص
حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه وعندهما
يقضى ديونه منهما لان كليهما ملكه حتى يجري الارث فيهما ويعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد لان اللحاق
هو السبب والقضاء لتقرره لقطع الاحتمال وقال ابو يوسف يعتبر وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء
والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا ما ذكرنا وتبطل عنها العدة لانها صارت كالموتى ولا عدة على
الاموات ولزوجها ان يتزوج اختها واربعا سواها من ساعته لانعدام العدة عليها كالميتة وان عادت
مسلمة او سبيت لم ينتقض نكاح الاخت والاربع لان نكاحها لا يعود ولها ان تتزوج من ساعتها ولو ولدت
في دار الحرب لاقل من ستة اشهر من وقت الردة ثبت نسبه من الزوج وان كان لاكثر لا يثبت ويسترق الولد
بخلافها والولد يجبر على الاسلام لما قلنا **قال** ويتوقف مبايعته وعتقه وهبته فان امن نفذ وان هلك
بطل وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يجوز تصرفه في الوجهين لان صحة التصرف تعتمد الاهلية
وهي تثبت بالخطاب وهو بالعقل ونفاذ التصرف يعتمد الملك وهو ثابت ولو زال الملك لزال الى ورثته
ولم يقل به احد ولهذا لا ينفذ تصرفاتهم في ماله الا ترى انه لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر فصاعدا
من امرأة مسلمة او امة مسلمة يرثه ولو مات او لحق قبل حكم القاضي بلحاقه لا يرثه فدل على قيام ملكه فيصح
تصرفه وينفذ ثم اختلفا فيما بينهما فعند ابي يوسف يصح مثل ما يصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام
اذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة ولا يجعل كالمشرف على الهلاك وعند محمد يصح كما يصح من المريض لانه
لا يرجع الى الاسلام ظاهرا فيقتل لان من انتحل الى نحلة قل ما يتركه لا سيما اذا كان معرضا عما نشأ فيه
فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة انه حربي مقهور في ايدينا حتى يقتل وكونه
حربيا مقهورا سبب لزوال الملك ومالكيته وبطلان تصرفاته غير ان الاسلام مرجو منه لبقاء الاجبار على
الاسلام فجعلنا سببا فتصرفاته لتردد حاله بين القتل والاسلام بخلاف حربي دخل دارنا بغير امان لانه
صار فيئا بدخوله دارنا بغير امان ولهذا لا يملكه من اخذه بل يرده الى بيت المال لانه كما دخل دارنا وقع
في ايدي المسلمين لانهم يد في الدار فيرده الحاكم وبخلاف المقضي عليه بالقود والرجم لان القتل لم يجب هنا
لزوال سبب العصمة ولهذا لو قتله قاتل غير من له القتل يجب فيه القصاص وانما هو جزاء الجناية فلم
يوجب خلل ملكه وبخلاف المرتدة لانها لا تقتل فلم يثبت لها حكم اهل الحرب حتى تلحق بدار الحرب فتصير حربية

حينئذ ثم اعلم ان تصرفات المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده الماذون لانها لا تستدعي الولاية ولا تعتمد حقيقة الملك حتى صحت من المتصرفات من العبد مع قصور ولايته وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة والارث لانها تعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة والتصرف على ولده الصغير وماله لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما بيناه بدليله قال وان عاد مسلما بعد الحكم بلحاقه فما وجده في يد وارثه اخذه والا لا اي ان لم يجده فليس له ان يضمنه بعد ما تصرف فيه الوارث وانما ياخذ عين ماله لان الوارث كان خلفه لاستغنائه عنه فاذا عاد ظهرت حاجته وبطل حكم الخلف ولو عاد بعد الموت الحقيقي كان الحكم كذلك ثم انما يعود الى ملكه بقضا او برضا من الوارث لانه دخل في ملكه بحكم شرعي فلا يخرج عن ملكه الا بطريقه ولهذا ليس له ان يضمنه بعد ما اخرجه عن ملكه او اتلفه ولا سبيل له على امهات اولاده ومدبريه لان القاضي قضى بعتقهن عن ولاية شرعية فلا يعلل نقضه ولو جا مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك لم يخرج عن ملكه فانه لم يزل مسلما ومدبروه وامهات اولاده على ملكه ونظيره العبد المبيع اذا ابق قبل القبض فان عاد بعد القضا بالفسخ لا يبطل القضا وتم الفسخ وان عاد قبل القضا به فالبيع صحيح على حاله فكانه لم يابق قال ولو ولدت امة له نصرانية لستة اشهر مذ ارتد فادعاه فهي ام ولده وهو ابنه حر ولا يرثه ولو مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما بينا واما امتناع الارث مع ثبوت نسبه منه فلان الام اذا كانت نصرانية يكون الولد مرتدا تبعا لابيه لانه اقرب الى الاسلام منها لكونه يجبر على الاسلام دونها والمرتد لا يرث احدا وهذا فيما بعد ستة اشهر وكونها نصرانية لانه لو ولدته لاقل من ستة اشهر او كانت الامة مسلمة لا يرث اما الاول فلتيقننا بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا للاب بخلاف ما اذا جاءت به لستة اشهر لانا لم نتيقن بوجوده عند الردة حتى يكون مسلما تبعا له ولا يمكن ان يجعل تبعا للدار حتى يكون مسلما لان تبعية الدار لا تظهر مع الابوين بخلاف الولد الصغير اذا ارتد ابواه حيث يجعل مسلما تبعا للدار ما لم يلحقا به دار الحرب لانه ثبت له حكم الاسلام قبل ردتهما فيبقى على تلك الصفة ما لم يلحقاه بدار الحرب بخلاف ما نحن فيه فانه لم يثبت له حكم الاسلام واما الثاني وهو ما اذا كانت الامة مسلمة فالولد مسلم تبعا لها اذ هي خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد ولكن لا يتصور هذا في قول ابي حنيفة الا في الرواية التي رواها عنه محمد فانه يعتبر كونه وارثا وقت الموت او القتل او القضا باللحاق اما على الروايتين الاخريين فلا يتصور ان يرث لعدم كونه وارثا عند الردة قال وان لحق المرتد بماله فظهر عليه فهو في بمعنى ليس لورثته عليه سبيل لان ملكهم فيه غير ثابت حيث لحق معه ابتدا فسقطت عصمته باللحاق وكذا عصمة ماله لانه تبع للنفس فيكون ماله فيئا لان المرتد لا يسترق على ما بينا من قبل قال رحمه الله فان رجع وذهب بمال فظهر عليه فلوارثه يعني لوارثه اخذه لانه لما لحق بدار الحرب فالمال لورثته فالمالك القديم ان ياخذ ما له قبل القسمة بغير شي وبعده او من التاجر بالعوض على ما بينا ومراده اذا رجع بعد حكم الحاكم بلحاقه واما اذا رجع قبل الحكم به واخذ ماله ولحق به ثانيا فلا سبيل لورثته على ذلك المال لانهم لم يملكوه قبل حكم الحاكم بلحاقه على ما بينا من قبل وقال في النهاية في ظاهر الرواية وهو جواب هذا الكتاب يعني الهداية يرد على الورثة ايضا لانه متى لحق بدار

الحرب فالظاهر انه لا يعود فكان زمنا ظاهرا وهذا مشكل لان الملك للورثة لا يثبت الا بالقضا فكيف يثبت هنا وقال في الكافي العصا مرجح جانب عدم الرجوع الى دار نا فيقرر موته ولما خرج الينا معبرا ورجع بماله ظهر انه لا يريد العود الى دارنا فيقرر موته من حين اللحوق بدار الحرب فيكون ماله لورثته من ذلك الوقت وقال في النهاية وفي بعض روايات السير يكون فيا لا حق للورثة فيه لان الحق للورثة لا يثبت الا بالقضا قال فان لحق وقضى بعبده لابنه فكاتبه فجاء مسلما فالكتابة والولا لمورثه وهو المرتد الذي اسلم لان ملك الوارث خلف عن ملك المورث لاستغنائه به فاذا جا مسلما تبين انه محتاج اليه فعاد ملكه اليه غير ان الكتابة لا يمكن فسخها لصدورها عن ولاية شرعية فجعلنا الوارث كالوكيل عنه وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولا لمن يقع العتق عنه نظيره المكاتب اذا كاتب عبده ثم عجز وفسخت الكتابة الاولى تبقى الثانية على حالها ويكون بدل الكتابة وولاوه لمولاه بخلاف ما اذا رجع بعد ادا الكتابة لان الملك الذي كان له عاد قائم بعده وبخلاف ما اذا باعه لما قلنا ولا انفسال المكاتب لا يقبل الانتقال فيجب انتقاله الى المرتد الذي اسلم لانا نقول هذا ليس بانتقال وانما هو سقوط ولانه الخلف عند ظهوره ولانه الاصل قال فان قتل مرتد رجلا خطا ولحق الى بدار الحرب او قتل فالدية في كسب الاسلام خاصة وهذا عند ابي حنيفة وقالا الدية فيما اكتسبه في حالة الاسلام والردة جميعا لان العواقل لا تعقل المرتد لعدم النصرة فيكون في ماله خاصة فماله عندهما المكتسب في حالة الاسلام والردة جميعا لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الارث في الكل عندهما وعنده ماله المكتسب في حالة الاسلام خاصة لنفوذ تصرفه في تلك الحالة دون المكتسب في حالة الردة لتوقف تصرفه فيها ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيا وينبغي ان يكون هنا على الروايات المتقدمة عن ابي حنيفة من انه هل يحسب الردة او الاسلام او كل دين يقضي من كسبه في تلك الحالة هذا اذا قتل او مات قبل ان يسلم واما اذا اسلم ثم مات او لم يمت يكون في الكسبين جميعا بالاتفاق لان الكل ماله ولهذا يجري الارث فيه بالاتفاق قال رحمه الله ولو ارتد بعدما قطع عمدا ومات منه او لحق وجا مسلما فمات ضمن القاطع نصف الدية في ماله لورثته اي لو قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك او لحق بدار الحرب ثم جا مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية من ماله خاصة لان العاقلة لا تعقل العمد اما الاول وهو ما اذا ارتد بعدما قطعت يده ومات من القطع فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم اسلم ومات من ذلك حيث لا يضمن شيا لان ما هدر لا يلحقه الاعتبار بخلاف المعتبر فانه قد يلحقه الاهدار بالابرا فكذا بالردة فيجب عليه ضمان ما تلف وهو معصوم وهو اليد دون النفس ونظيره البيع او الاعتاق حتى لو قطعت يد عبده ثم باعه او اعتقه لا يضمن الجاني الا اليد وان مات بعد الرد عليه بالفسخ لانه صار ميراثا له بهذا التصرف واما الثاني وهو ما اذا لحق بدار الحرب بعد الردة وقضى القاضي بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة تقديرا فلا يعود حكم الجناية الاولى واذا لم يقض القاضي بلحاقه حتى عاد مسلما ثم مات من القطع فهو بمنزلة موته قبل ان يلحق بدار الحرب وفيه خلاف محمد وزفر على ما بيناه ان شا الله تعالى لان حكم الا بالتحاق لا يثبت الا بحكم الحاكم قال فان لم يلحق واسلم ومات ضمن الدية اي كاملة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر يضمن نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب

ونداعهم

بالاسلام معتبرا وهذا لان الردة معنى لو مات عليها لا يجب بالسراية شي فلانا اذا لم يمت عليها فصار كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه او نقل الا ثم مات لم يجب على القاطع الا دية اليد كما لو مات في يد المشتري لما ذكرنا ولانه بالردة اهدر دمه فصار مبريا له عن ضمان النفس كما اذا باع عبده بعد القطع على ما ذكرنا ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت على محل معصوم فتوجب كل الدية كما لو لم يتخلل الردة بينهما وهذا لانه لا اعتبار لقيام العصمة في حال بقا الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وفيما بين ذلك غير معتبر في حق هذا الحكم فصار كاشتراط قيام الملك في حالة اليمين وحالة وجود الشرط وكاشتراط كمال النصاب في حال انعقاد السبب وتمامه والردة ليست ما براء عن الجناية وضعا ولا شرعا بل هي لتبديل الدين الا ترى انها توجد من غير ابرا بان لم يكن ثم جناية عليه الا انه لو مات على تلك الحالة لا يجب الضمان باتفاق الحال لم يوجد منه هدر كالخلاف ما اذا باع العبد المجني عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل ايضا فصار كالابرا **قال** ولو ارتد مكاتب ولحق واخذ بماله وقتل فهو لمولاه وما بقي لورثته لانه لم يزل ملك المولى عن رقبته بالردة غير انه صار دمه مباحا وباباحة دم العبد لا يزول ملك المولى عنه كما لو وجب عليه قود والكتابة لا تبطل بالردة والالتحاق بدار الحرب لا تبطل بحقيقة الموت فبالحكمي اولى ان لا تبطل فيبقى ملكه لما له والتصرف على حاله وهذا على قولهما ظاهر واما على قول ابي حنيفة فلان المكاتب انما يملك المال والتصرف بعقد الكتابة وهو باق على ما بينا ولا يمتنع ذلك بالرق فاولى ان لا يمتنع بالردة لان الرق اقوى في المنع من الردة الا ترى ان المرتد يملك بعض التصرفات بالاجماع وبعضها فيها الخلاف فاذا كانت الكتابة باقية توفي المولى كتابته وما بقي يكون لورثته كما في الموت الحقيقي **فان قيل** اذا مات عن وفا حكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته فتبين بذلك ان كسبه كسب مرتد حر فوجب ان يكون فيا على مذهبه **قلنا** حكمنا بحريته في اخر جزء من اجزاء حياته في حق الحقوق المستحقة بالكتابة وهي حرية نفسه واولاده وملك كسبه رقبة وفيما عدا ذلك من الاحكام يعتبر عبدا الا ترى انه لا تصح وصيته وان ترك وفا لان الوصية ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة فكذا لا يكون كسبه فيا لان كسب العبد المرتد لا يكون فيا فلا يجعل حرا في حقه **قال** ولو ارتد الزوجان ولحقا فولدت وولد له ولد فظهر عليهم فالولدان في وجبر الولد على الاسلام لا ولد الولد اي اذا ارتد الرجل وامراته ولحقا بدار الحرب فولدت المراة هناك ولدا وولد لولدهما ولد ثم ظهر عليهم جميعا فولدهما وولد ولدهما في وجبر ولدهما على الاسلام لا ولد ولدهما لان الولد يتبع الام في الحرية والرق والمرتدة تسترق فكذا ولدها ويجبر الولد على الاسلام لابويه لان الاولاد يتبعون الاباء في الدين لقوله عليه السلام كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه الحديث رواه البخاري ومسلم واحمد وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم ارايت من يموت منهم قال الله اعلم بما كانوا عاملين هكذا حجة ابي حنيفة ومحمد في توقفهما في اطفال المشركين فاذا تبعهما يجبر على الاسلام كما يجبران عليه ولا يقتل تبعا لابيه لانه كافر اصلي وليس بمرتد حقيقة فلو تحكيه في القتل حكم الكافر الاصلي وولد الولد يسترق ولا يقتل لما ذكرنا وهل يجبر على الاسلام ففيه روايتان في رواية يجبر رواها الحسن عن ابي حنيفة كما قلناه وفي رواية لا يجبر لانه لو اجبر اما ان يجبر تبعا لابيه ولا وجه له لان اباه كان تبعا لابويه والتبع لا يكون له تبع او تبعا لجده

ولا وجه له لان تبعية الابا في الدين على خلاف القياس فلا يلحق به الجد ولو الحق لكان الناس كلهم مسلمين تبعا لادم وحوا عليهما السلام ولم يوجد في ذريتهما كافر غير المرتد واصل هذين الروايتين مبني على ان ولد الولد يكون محكوما باسلام جده ام لا ففي رواية الحسن يكون مسلما فاذا تبعه في الاسلام تبعه في الاجبار عليه ايضا وفي رواية لا يتبعه في الاسلام فكذا في الاجبار والمسايل التي جعل الجد فيها كالاب اربعة كلها تخرج على الروايتين احدها هذه والثانية صدقة الفطر اذا كان الجد موسرا فهل يجب عليه صدقة فطر الحافد والثالث الوصية وهو ما اذا اوصى لاقربايه هل يدخل الجد فيها اولا والرابع جر الولا وهو ما اذا اعتق الجد هل يجر ولا الحافد الى مولاه اولا ففي ظاهر الرواية لا يكون الجد في هذه المسايل كالاب **قال** وارتداد الصبي العاقل صحيح كاسلامه ويجبر عليه ولا يقتل وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي ارتداده ليس بارتداد ولا اسلامه باسلام لانه يلزمه احكام يشوبها مضار كحرمان الارث ولزوم الفرقة بينه وبين امراته المشركة او المسلمة وامتناع وجوب نفقته على ابويه او غيرهما من اقاربه ولانه تبع لابويه فلا يجعل اصلا اذا التبعية دليل العجز والا دليل القدرة وبينهما تناف فلا يجتمعان في شخص واحد ولابي يوسف ان الارتداد من التصرفات الضارة فلا يتاهل له كالطلاق والعتاق وغيرهما مما يمحض ضررا ولهما ما روي عن جابر انه عليه السلام قال كل مولود يولد على الفطرة حتى يعرب عنه لسانه فاذا اعرب عنه لسانه فاما شاكرا او كفورا رواه احمد وصحح عليه السلام ايمان علي وكان قد اسلم صبيا وافتخاره بذلك معروف وكان يقول سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلم وسبقتكم الى الاسلام قهرا ابصارم همتي وسنان عزمي وذكر جعفر انه اسلم ابن خمس سنين وذكر القتبي ان عمره كان سبع سنين وعن عروة انه قال اسلم علي وعمره ثمان سنين اخرجه البخاري ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق بالجنان والاقرار باللسان وكذا اتى بحقيقة الكفر وهو الجحود والانكار فلا مرد للحقايق وهذا لان الاقرار عن طوع دليل الاعتقاد فلا يستقيم رده ولا الحجر عنه لان الحقايق لا يحجر عنها كما لا يحجر في حق ساير افعاله حتى وجب عليه الضمان باتلافه مال الغير شرعا وقد صومه بالاكل وهو صايم فلا يعدم لاجل صباه والحجر عن الاسلام كفر ولا يليق ذلك بالشارع ولا يمكن رده لضرر يلحقه في الدنيا فما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة سرمدية من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي الذي يترتب على الاسلام ثم ينبني عليه غيره فلا يبالى بشوبه لان المعتبر هو الحكم الموضوع له لا ما يلزمه في ضمنه وقوله تبع لابويه فلا يجعل اصلا الى اخره قلنا انما جعل تبعا لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار فعله بنفسه بطريق الاصالة مع ابقا التبعية يحصل المنفعة بطريقين وذلك انفع له وانما لا يمتنع الجمع بينهما اذا كان بينهما مضادة واما اذا تايد احدهما بالاخر فلا يمتنع الا ترى ان التبع اذا نوى السفر كالمراة ونحوها صار مسافرا بنيته ونية اصله لما قلنا **فان قيل** لو صح اسلامه بنفسه لكان ذلك منه فرضا لاستحالة كون الايمان نفلا بخلاف ساير العبادات فانها متنوعة بين الفرض والنفل فاذا صار فرضا لزم ان يكون مخاطبا ولا قايل به فاذا لم يمكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف ما اذا جعل مسلما تبعا لان صفة الفرضية في الاصل مغنية عن اعتبارها في التبع ولانه لو كان عقله معتبرا لوقعت الفرقة بينه وبين امراته اذا لم يحسن ان يصف الاسلام كالبالغ **قلنا** انما لم يكن مخاطبا لدفع الحرج عنه فاذا اداه صح كالمسافر وغيره

صالة

سبدوم

لانها

بنكاح

من اصحاب الاعذار تؤدي الجمعة فانها تصح وتقع عن الفرض وان لم تجب الجمعة فرضا عليه وانما لم
زوجته اذا لم يحصل الوصف بعد ما عقل لبقاء معنى التبعية وفيه توفير المنفعة على ما بينا وقوله لا يقتل
يعني اذا ابى ان يسلم بعد ما ارتد لان القتل عقوبة وهو ليس من اهلها والاجبار على الاسلام نفع له فيجبر
هذا في صبي يعقل وان كان لا يعقل لا يصح منه شيء من ذلك لان اقراره لا يدل على اعتقاده فلا يعتبر وكذا المجنون
لما ذكرنا وكذا السكران في الردة دون الاسلام على ما عرف في موضعه ويلحق الساحر بالمرتد قال في المحيط معزيا
الى الفتاوى الساحر هل يقتل او يقبل توبته ينظر ان اعتقد انه خالق لما يفعل فمتى تاب عن ذلك وقال الله
خالق كل شيء وتبرأ عما اعتقد تقبل توبته ولا يقتل لانه كافر اسلم وان لم يتب يقتل لانه مرتد وقال ابو حنيفة
في المجرد انه يقتل ولا يستتاب ولا يقبل قوله اني اترك السحر واتوب منه اذا شهد الشهود انه ساحر او اقر
بذلك وكذلك المرأة الساحرة تقتل لان عمر كتب الى نوابه ان اقتلوا الساحر والساحرة رواه احمد وابو داود
والبخاري وعن جندب انه عليه السلام قال حد الساحر ضربة بالسيف رواه الدارقطني وقال الترمذي الصحيح
انه موقوف عليه قلنا الموقوف في مثله محمول على السماع لانه لا يدرك بالرأي وذكر في المنتقى انها لا تقتل
ولكن تحبس وتضرب كالمرتدة والاول اصح لان ضرر كفرها وهو السحر يتعدى فتكون ساعية في الارض بالفساد
بخلاف المرتدة والحربية وكذا الزنديق يقتل ولا يقبل له توبة لما روي ان علقمة رضي الله عنه قال اتي علي
رضي الله عنه بزنادقة فاحرقهم فبلغ ذلك ابن عباس رضي الله عنهما فقال لو كنت انا لم احرقهم لنهي النبي صلى
الله عليه وسلم قال لا تعذبوا بعذاب الله ولقتلتهم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه
رواه البخاري وغيره والله اعلم ۞

باب البغاة

قال واذا خرج قوم من
المسلمين عن طاعة الامام وغلبوا على بلد دعاهم اليه اي الى العود الى الجماعة وكشف شبهتهم لان عليا
رضي الله عنه بعث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما الى اهل حروراء فدعاهم الى التوبة وناظرهم قبل قتالهم
ولانه يرجى توبتهم ولعل الشر يندفع بالاهون كما قال الله تعالى وذكرنا الذي يتبع المؤمنين وهو اهون
فيبدأ به وهذه الدعوة ليست بواجبة لانهم قد علموا لماذا يقاتلوا فصاروا كالمرتدين واهل الحرب الذين بلغتهم
الدعوة ولهذا يجوز قتالهم بكل ما يقاتل به اهل الحرب كالرمي بالنبل والمنجنيق وارسال الماء والنار عليهم لان
قتالهم فرض لقوله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله فصار قتالهم كقتال اهل الحرب قال ويبدأ
بقتالهم يعني اذا تحيزوا وتهيؤوا للقتال واجتمعوا له هكذا ذكر الشيخ المعروف بخواهر زاده وهو المذهب
عندنا وذكر القدوري في مختصره لا يبدؤهم بقتال حتى يبدؤوه وهو قول الشافعي لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا
وهم مسلمون بخلاف الكفار فان نفس الكفر مبيح عنده ولنا ما تلونا من غير قيد بالبداية منهم وقول علي
رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سيخرج قوم في اخر الزمان حداث الاسنان سفهاء
يقولون من قول خير البرية لا يجاوز ايمانهم حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فاقتلوهم
فان في قتلهم اجرا لمن قتلهم يوم القيامة رواه احمد ومسلم والبخاري ولان الحكم يدار على دليله وهو ما
ذكرنا من التحيز والتهيؤ فلو انتظر حقيقة قتالهم لصارت ذريعة لتقويتهم فلعله لا يمكنه دفعهم فيدار
الحكم على الدليل ضرورة دفع شرهم ولانهم بالخروج على الامام صاروا عصاة فجاز قتالهم الى ان يقلعوا عن ذلك
بل وجب لما تلونا وما روي عن علي رضي الله عنه من قوله في الخوارج لن نقاتلكم حتى تقاتلونا معناه حتى تعزموا

على قتالنا بدليل ما رويناه عن النبي عليه السلام ولو امكن دفع شرهم بالحبس بعد ما تأهبوا فعل ذلك ولا
يقاتلهم لانه امكن دفع شرهم باهون منه والجهاد معهم واجب بقدر ما يندفع به شرهم والمروي عن ابي حنيفة
من لزوم البيت محمول على عدم الامام واما اعانة الامام من الواجبات عند القدرة وما روي عن ابن عمر
مع جماعة من الصحابة رضي الله عنهم من القعود عن الفتنة محمول على انهم كانوا عاجزين قال وان كانت لهم فئة
اجهز على جريحهم واتبع موليهم لان المقصود من قتالهم دفع شرهم وذلك بما ذكرنا لانهم يرجعون الى جماعتهم فيكونوا
حربا علينا ولم يحصل بذلك رجوعهم الى الجماعة وهو المقصود قال الله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله
قال والا اي ان لم تكن لهم فئة لا يجهز على جريحهم ولا يتبع موليهم لما روي عن مروان بن الحكم انه قال صرخ
صارخ لعلي يوم الجمل لا يقتلن مدبر ولا يذفف على جريح ومن اغلق بابه فهو امن ومن القى السلاح فهو امن وامس عهد
يوم الجمل لم تكن لهم فئة ولان قتلهم كان لدفع شرهم وقد اندفع بدونه فلا حاجة اليه وعند الشافعي لا يقتل
في الوجهين بناء على ما بينا من اصله انه لا يجوز قتلهم الا دفعا ولا دفع في قتله بعد ما ترك القتال ونحن
نقول الحكم يدار على الدليل لا على حقيقة القتال على ما بينا قال ولا تسبى ذريتهم وتحبس اموالهم حتى
يتوبوا لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل لا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا
الباب وقوله لا يقتل اسير يعني اذا لم تكن لهم فئة وان كانت فئة فالامام بالخيار ان شاء قتله لئلا ينفلت
ويلتحق بهم وان شاء حبسه لان شره يندفع به وليس له ان يسترقه لانه مسلم والاسلام يمنع الاسترقاق
ابتداء وهو المراد بقول علي رضي الله عنه لا يكشف ستر وحين طلب منه اصحابه ان يقسم النساء بينهم قال
اذا قسمت فلمن تكون عائشة فابهتهم بذلك وقطع شبهتهم ولانهم مسلمون فتكون اموالهم وانفسهم معصومة
بالعصمة لكونهم في دار الاسلام قال وان احتاج قاتل بسلاحهم وخيلهم وقال الشافعي رحمه الله
لا يقاتل به لانه مسلم فلا يحل الانتفاع بماله بدون رضاه ولنا ان عليا رضي الله عنه قسم سلاحهم بالبصرة بين اصحابه
وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك بدليل ما روى الزهري ان الصحابة اجمعوا ان لا يؤخذ مال ولان للامام
ان يفعل ذلك بمال اهل العدل لما روي انه عليه السلام اخذ الدروع من صفوان بغير رضاه فما ظنك بمال
اهل البغي لا سيما اذا كان فيه دفع شرهم وان لم يحتاجوا اليه حبسه عنهم كسائر اموالهم لان في رده عليهم
تقوية لهم واعانتهم على المعصية والكراع يباع ويحبس ثمنه لان حبس الثمن ايسر واحفظ للمالية فاذا
وضعت الحرب اوزارها وزالت الفتنة ردها عليهم لزوال المانع ولو كان معهم اهل الذمة يعينونهم على القتال
فحكمهم حكم اهل البغي حتى لا يجوز استرقاقهم ولا اخذ اموالهم لان عقد ذمتهم لا ينتقض به قال وان قتل باغ مثله
فظهر عليهم اي اذا قتل باغ مثله في عسكرهم عمدا ثم ظهر عليهم لم يجب عليه القصاص لان القصاص لا يمكن استيفاؤه
الا بمنعة ولا ولاية للامام عليهم حالة القتال فلم يوجب ولم ينقلب موجبا بعده كالقتل في دار الحرب
قال وان غلبوا على مصر فقتل مصري مثله فظهر على المصر قتل به يعني اذا غلب البغاة على مصر فقتل
رجل من اهل المصر رجلا من المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتأويله اذا لم يجر على اهل المصر احكام اهل
البغي بل ازعجهم الامام العدل قبل ذلك المصر لان ولاية امام اهل العدل لم تنقطع قبل ان يجري احكامهم
فيجب القصاص وبعد الاجراء ينقطع فلا يجب قال وان قتل عادل باغيا او قتله باغ وقال انا على حق
ورثه وان قال انا على باطل لا اي قتل رجل من اهل العدل رجلا من اهل البغي او قتل رجل من اهل البغي رجلا من اهل

لهم ثم

عليهم

وقال الباغي القاتل قتلته وانا على الحق ورثه وان قال قتلته وانا على الباطل لا يرث وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين وقال الشافعي لا يرث العادل ايضا لقوله عليه
السلام لا يرث القاتل ولهذا عنده لو قتله بحق من قصاص او رجم او حكم عليه بذلك او شهد عليه لا يرث قلنا
حرمان الارث جزاء الجريمة ولا جريمة في القتل الواجب او الجائز فلا حرمان وقتل الباغي واجب فلا اثم على القاتل
بقتله ولا يجب الضمان عليه فلذا لا يحرم الارث لان حرمانه من باب العقوبة وكذا الباغي لا يحرم لانه اتلف
ما اتلف عن تاويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا انضمت اليه منعة كما في اهل الحرب والمرتدين الا ترى
الى ما روي عن الزهري انه قال هاجت الفتنة واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فاجمعوا
ان لا يقاد احد ولا يوخذ بمال على تاويل القران الا ما وجد بعينه رواه احمد وكذا اجمعوا على ان ما اتلفه اهل
الردة لا يجب عليهم ضمانه رواه البرقاني على شرط البخاري ولان الاحكام لا بد فيها من الالزام او الالتزام لا اعتقاد
الاباحة ولا الزام من الامام لعدم الولاية عليهم ولا عمل للقياس على ما اذا لم يكن لهم تاويل او منعة لان الولاية
باقية قبل المنعة والالتزام موجود عند عدم التاويل ولا بد من المنعة والتاويل لسقوط الضمان حتى لو تغلب
لصوص غير متاولين على مدينة فقتلوا النفس واخذوا المال اخذوا بجميعه لعدم التاويل وكذا لو تغلب رجل
او رجلان فاخذوا المال واتلفوا النفس بتاويل اخذوا بجميع الاحكام لعدم المنعة ثم قال صاحب الهداية ان
العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا ياثم لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا اتلف العادل
لا يجب عليه الضمان عندنا وياثم لانه لا منعة في حق الشارع وكذا قال في البدائع لا يضمنون ما اصابوا من
دمائنا واموالنا اذا كان لهم منعة وكذا اهل العدل لا يضمنون ما اصابوا من دمائهم واموالهم لانهم اتلفوا
دفعا لقتالهم عن انفسهم والعادل اذا اتلف مال عادل عبدا او حرا او ماله دفعا لقتاله لا يضمن الباغي فالباغي اولى
وفي شرح المختار قال محمد اذا تابوا افتيهم ان يغرموا ولا اجبرهم على ذلك لانهم اتلفوا بغير حق فسقوط المطالبة
لا يسقط الضمان فيما بينه وبين الله تعالى وفي المحيط العادل اذا اتلف مال الباغي يوخذ بالضمان لان
مال الباغي معصوم في حقنا وامكن الزام الضمان فكان في ايجابه فائدة بخلاف ما اذا اتلفوا مال العادل فحمل
هذا ما ذكره في الهداية والبدائع من عدم وجوب الضمان محمول على ما اذا اتلفه حالة القتال بسبب القتال
اذ لا يمكنه ان يقتلهم الا باتلاف شيء من مالهم كالخيل والقماش الذي عليهم وعند ارسال الماء والنار عليهم واما اذا
اتلفوها في غير هذه الحالة فلا معنى لمنع الضمان لان مالهم معصوم واعتقاد الحرمة موجود فلا مانع من
وجوب الضمان والاثم ثم ابو يوسف يقول في قتل الباغي العادل انه قتل بغير حق يتعلق به حرمان الارث
كقتل الخاطئ بل اولى لانه ياثم والخاطئ لا ياثم بالقتل والتاويل الفاسد ملحق بالصحيح في حق دفع الضمان
والحاجة هنا الى استحقاق الارث لا الى الدفع ولهما ان هذا قتل حصل بتاويل صحيح عند القاتل لانضمامه الى
المنعة وان كان هذا التاويل فاسدا في نفسه الا ترى انه يسقط به الضمان فكذا لا يوجب الحرمان وقوله
والحاجة الى استحقاق الارث هنا لا الى الدفع قلنا ممنوع بل الحاجة هنا الى دفع الحرمان لان الارث يستحق
بسببه كالنسب او السبب وهو موجود فيرث به ويدفع الحرمان الذي يجب جزاء على فعله بتاويله القتل
بشرطه وهو ان يكون مصرا انه كان صحيحا عنده بخلاف المخطئ فان الخطا لا يدفع جزاء فعله في الدنيا الا ترى
انه يجب عليه الدية والكفارة والباغي لا يلزمه شيء من ذلك **قال** ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة

ولا التزام منه صح

بعد

لانه اعانة على المعصية قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولان الواجب
قلع سلاحهم بما امكن حتى لا يستعملوه في الفتنة فالمنع اولى **قال** وان لم يدر انه منهم لا اي اذا لم يدر انه من
اهل الفتنة لا يكره البيع له لان الغلبة في دار الاسلام لاهل الصلاح وعلى الغالب تبنى الاحكام دون النادر وانما
كره بيع نفس السلاح دون ما لا يقاتل به الا بصنعة كالحديد لان المعصية تقع بعين السلاح بخلاف الحديد الا
ترى ان العصير والخشب الذي يتخذ منه المعازف لا يكره بيعه لانه لا معصية في عينها وكذا لا يكره بيع
الجارية المغنية والكبش النطوح والديك المقاتل والحمامة الطيارة لانه ليس عينها منكرا وانما المنكر في
استعماله المحظور ثم ذكروا ان الحديد لا يجوز بيعه من اهل الحرب ويجوز من اهل البغي والذي يظهر من الفرق
ان اهل البغي لا يتفرغون لاستعمال الحديد سلاحا لان فسادهم على شرف الزوال بالتوبة او بتفريق جمعهم
بخلاف اهل الحرب والله اعلم ۞

كتاب اللقيط

اللقيط اسم لشيء منبوذ في اللغة
فعيل بمعنى مفعول كالقتيل والجريح وفي اصطلاح الفقهاء اسم لمولود حي طرحه اهله خوفا من العيلة او التهمة
سمي به باعتبار ما يؤول اليه لما انه يلتقط وهو من باب وصف الشيء بالصفة المشارفة كقوله من قتل قتيلا
فله سلبه **قال** ندب التقاطه ووجب ان خاف الضياع لما فيه من احياء النفس لانه على شرف الهلاك
قال الله تعالى ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا وفي رفعه اظهار الشفقة على الاطفال وهو من افضل
الاعمال ولهذا قيل محرزه غانم ومضيعه اثم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم
يوقر كبيرنا فليس منا ثم هو مندوب اليه ان كان في غالب رايه انه لا يهلك بان وجده في مصر من الامصار وفرض
عليه ان غلب على ظنه ضياعه بان وجده في مفازة ونحوه من المهالك صيانة له ودفعا للهلاك عنه
كمن راى اعمى يقع في البئر ونحوه يفترض عليه حفظه عن الوقوع وهو فرض كفاية لحصول المقصود بالبعض
وهو صيانته **قال** وهو حر لانه الاصل في بني ادم اذ هم اولاد حواء وادم فالاصل بقاء ما كان على ما
كان حتى يوجد ما يغيره ولان الدار دار الاسلام فمن كان فيها يكون حرا باعتبار الاصل وهو الظاهر
والغالب ثم هو حر في جميع احكامه حتى ان قاذفه يحد ولا يحد قاذف امه لوجود ولد منها لا يعرف له اب
قال ونفقته في بيت المال روي ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولانه عاجز محتاج لا مال له ولا قرابة
ومال بيت المال معد للصرف الى مثله فصار كالمقعد الذي لا مال له ولا قريب ولان ميراثه لبيت المال
فيجب نفقته منه لان الخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه وقد بينا النوع الذي يستحق فيه النفقة
من بيت المال في اخر باب الجزية من كتاب السير ولو انفق عليه الملتقط من ماله يكون متبرعا لانه ليس له
ولاية الالزام الا اذا امره القاضي بالانفاق عليه ليرجع على اللقيط بها لان للقاضي ولاية عليه فيكون
دينا عليه ثم بمجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكون له الرجوع على اللقيط فيما ذكره الطحاوي كما اذا قضى دينا على شخص
بامره فانه يرجع عليه وفي الاصح لا يرجع على اللقيط بمجرد الامر الا اذا صرح له بانه ينفق عليه ليرجع عليه لان
مطلقه قد يكون للحث والترغيب فلا يرجع عليه بالاحتمال **قال** كارثه وجنايته اي نفقته في بيت المال
كما ان ارثه له وجنايته فيه على ما بينا **قال** ولا ياخذه منه احد اي لا ياخذ اللقيط من الملتقط لانه
سبقت يده اليه فكان احق بحفظه ولم يكن لغيره ان ينتزعه منه الا باذنه ولو دفعه هو الى غيره ليس له ان
يسترده لانه رضي باسقاط حقه ولو دفعه الى القاضي فله ان يقبله منه لاحتمال انه ولد دفعه اليه

احد صح

فيكون مؤنته في بيت المال وان اقام بينة انه لقيط او علم بذلك فكذلك له ان لا يقبله منه لانه بالالتقاط
التزم حفظه وتربيته ثم اراد ان يعزل نفسه فلا يسع منه ان شاء كالوصي اذا اراد عزل نفسه بعد موت
الموصي **قال** ويثبت نسبه من واحد يعني اذا ادعاه ولم يدعه الملتقط والقياس ان لا يثبت نسبه
منه لانه يتضمن ابطال حق الملتقط في اليد ولا يملك ذلك وجه الاستحسان انه اقرار بما ينفعه وهو
محتاج اليه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه والملتقط لا ينازعه فيه فصحت دعوته ثم من ضرورة ثبوت
النسب ان يكون هو احق بحفظ ولده من الاجنبي وكم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا وقيل يصح في حق
النسب دون ابطال اليد للملتقط لان النسب يثبت في وقت لا منازع له فيه فلا يتعدى الى ابطالها والاصح الاول
لما ذكرنا هذا اذا لم يدع الملتقط معه وان ادعاه فدعوة الملتقط اولى وان كان ذميا والاخر مسلما لانه صاحب
يد والقياس ان لا تقبل دعوة الملتقط اصلا لانه يناقض كلامه بدعواه انه ابنه بعدما اقر انه لقيط ولانه
باقراره لزمه اللقيط حكم النسب والاقرار على الغير لا يصح وجه الاستحسان انه اقرار على نفسه بانه لزمه
نفقته ويجب عليه ان يحفظه ويحتسب له ما ينفعه وقد يخفى على الانسان ولده الصغير ثم يعرفه والتناقض
فيما يخفى لا يمنع القبول كالملاعن اذا اكذب نفسه وقيل يقبل قوله قياسا واستحسانا لانه ليس فيه ابطال يد احد
والنسب يتعلق على ما بينا بخلاف دعوة الاجنبي والاصح انه على القياس والاستحسان في دعوة الاجنبي كان الخلاف
وجه القياس فيهما على ما بيناه **قال** ومن اثنين اي يثبت نسبه من اثنين ايضا كما يثبت من واحد وذلك
عند عدم المرجح لاحدهما من يد او سبق او ذكر علامة فيكون ابنهما لاستوائهما في النسب والنسب يثبت من
اثنين ايضا عند الاستواء في الحجة عندنا على ما بينا في باب الاستيلاد **قال** وان وصف احدهما علامة به
اي بالولد فهو احق به لان ذكر العلامة يدل على انه كان في يده فالظاهر انه كان له فيترجح بها بخلاف اللقطة
حيث لا يترجح صاحب العلامة عند التنازع فيها لان الترجيح لاعتبار الابد وجود سبب الاستحقاق وقد
وجد ذلك في اللقيط وهو الدعوة دون اللقطة الا ترى ان احدهما لو انفرد بها يؤمر بالتسليم في اللقيط دون
اللقطة فعلم بذلك ان الدعوة سبب الاستحقاق في اللقيط واعتبار العلامة له اصل في الشرع قال الله تعالى
ان كان قميصه قد من دبر الاية وقال تعالى تعرفهم بسيماهم وان وافق بعض العلامة وخالف البعض سقط
الترجيح اذ ليس احدهما باولى من الاخر بالاعتبار ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لعدم النزاع ولو ادعى
الاخر بعده لا يقبل الا ببينة لان البينة اقوى ولو ادعت امرأتان قضي به لهما عند ابي حنيفة وعندهما
لا يقضى لواحدة منهما لان ثبوت النسب منهما متعلق بحقيقة الولادة وهو محال منهما بخلاف الرجل **قال**
ومن ذمي ان لم يكن في مكان اهل الذمة اي يثبت نسبه من ذمي اذا ادعاه ويكون اللقيط مسلما ان لم يوجد في مكان
اهل الذمة وهذا استحسان لان دعوته تضمنت النسب وهو ينفع له وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره
فصحت فيما ينفعه دون ما يضره ولا يلزم من كونه ابنا له ان يكون كافرا كما لو اسلمت امه والقياس ان لا تقبل
دعوته لانه حكم له بالاسلام فلو جعل ابنا له صار تبعا له في الدين وهو يضره ووجه الاستحسان ما بينا
وقوله ان لم يكن في مكان اهل الذمة تصريح بان المعتبر هو المكان وقد اختلف المشايخ فيه وحاصله ان هذه المسألة
على اربعة اوجه احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد او القرية او المصر للمسلمين فيكون مسلما والثاني
ان يجده كافر في مكان اهل الكفر كالبيعة والكنيسة وقرية من قرى اهل الذمة فيكون كافرا والثالث ان يجده كافر في مكان

المسلمين والرابع ان يجده مسلم في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية ففي كتاب اللقيط العبرة
للمكان لسبقه ولان المسلم لا يضع ولده في البيعة ولا الكافر في المساجد وفي رواية ابن سماعة عن محمد العبرة
للواجد لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي الصغير مع احد ابويه يعتبر تبعه كافرا فكذا
هذا مع يد الواجد لا يعتبر المكان لانه كالاب في حقه لقيامه بتربيته وفي رواية ايهما كان موجبا لاسلامه
فهو المعتبر لان الاسلام يعلو ولا يعلى وهو انفع له ايضا وفي رواية يحكم بزيه فان كان في زي المسلمين فهو مسلم
وان كان عليه زي الكفرة نحو الصليب والزنار فهو كافر **قال** ومن عبد وهو حر اي يثبت نسبه من
عبد اذا ادعاه ويكون الولد حرا لان ثبوت النسب منه محض منفعة في حقه وهو لا يتبعه في الرق وانما يتبع
امه وهي قد تلد حرة فيكون ولده حرا فلا يبطل الحرية الثابتة بالدار بالوهم ولو قال العبد هو ولدي من زوجتي
وهي امة فصدقه مولاها ثبت نسبه ويكون حرا عند محمد لانه حر باعتبار الاصل فلا يبطل الحرية بتصادق العبد
وسيدها وقال ابو يوسف يكون عبدا لسيدها لان الامة امه فاذا ثبت النسب منها ثبت ما هو من ضرورته
وهو الرق اذ يستحيل ان يكون المولود بين رقيقين حرا بخلاف الذمي على ما بينا قلنا لا يستحيل ذلك لانه يجوز
عتقه قبل الانفصال وبعده فلا يبطل الحرية الثابتة بالدار بالشك والحر في دعوة اللقيط اولى من العبد ولو
ادعاه حران احدهما انه ابنه من هذه الحرة والاخر من الامة فالذي يدعي من الحرة اولى لانه اثبت له ما للولد به
ثبت جميع احكام النسب ولو كانت الامة سرية له لانه يثبت الاحكام من جانب والاخر من الجانبين فكان اولى
والمسلم احق من الذمي عند التنازع لانه انفع له اذا كان حرا وان كان عبدا فالذمي اولى لان الترجيح بالاسلام
يكون عند الاستواء ولا استواء لان الحر لا يترجح باليد **قال** ولا رق الا ببينة لانه حكم بحريته بالدار فلا
يغيره الا الحجة ويشترط ان يكون الشهود مسلمين لانه مسلم بالدار او باليد فلا يحكم عليه بشهادة الكفار
الا اذا اعتبر كافرا بوجوده في موضع اهل الذمة على ما بينا والخصم فيه هو الملتقط باعتبار يده لانه يمنعه عنه
ويزعم انه احق بحفظه فيقيم عليه البينة ليتوصل الى حقه وكذا اذا صدقه اللقيط قبل البلوغ لا يسمع تصديقه
لانه تصرف في نفسه بعد الحكم بالحرية بخلاف ما اذا كان صغيرا في يد رجل فادعى انه عبده وصدقه الغلام فانه
يكون عبدا له وان لم يدرك لانه لم يعرف الا في يده فالقول قول ذي اليد كالذي لا يعبر عن نفسه لقيام يده لا بتصديقه
ولهذا لو سكت يكون عبدا له وكذا اذا رد لا يصح لقيام يده من وجه وان صدقه بعد الادراك ينظر فان كان بعد
ما اجري عليه شيء من احكام الاحرار من قبول شهادته وحد قاذفه لا يصح اقراره بالرق لانه اتصل به التكذيب
من جهة الشرع فصار كما لو اتصل به التكذيب من جهة المقر له **قال** وان وجد معه مال فهو له لانه في يده
وهو من اهل الملك لكونه حرا فيكون ما في يده له بظاهر يده وكذا اذا كان المال مشدودا على الدابة واللقيط عليها
للشهادة الظاهرة من حاله ويصرفه الملتقط اليه بامر القاضي عند البعض لانه مال ضائع لا يعرف له مالك
وللقاضي صرف مثله اليه وقيل يصرفه اليه بغير امره لانه مال اللقيط ظاهرا لما ذكرنا ومن شرطه جعله
له ظاهرا وللملتقط ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه لمصلحة اللقيط من ماله ولا يقال الظاهر لا يصلح
للاستحقاق بل للدفع لانا نقول غرضنا به الدفع الغير فاذا اندفع بقي المال ضائعا فصرف عليه على انه له
او بيت المال **قال** ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع ولا اجارة لان ولاية التزويج على الغير يستحق بقرابة او
ملك او سلطنة ولم يوجد شيء منها والتصرف في المال لا يجوز الا بكمال الرأي ووفور الشفقة وذلك يوجد

في الاب والجد لا غير ولهذا لا يملكه الام مع انها تملك الانكاح فهذا اولى وهذا لان في كل منهما لم يوجد الا شطر العلة وهي تمام الشفقة منهما وكمال الراي منه فصار كالعم والاجانب لا يملكهما من يملك الاتلاف منافعه بالاستخدام بلا عوض والملتقط لا يملكه فلا يملك ان يوجره كالعم بخلاف الام فانها تملكه على ما عرف في موضعه وذكر القدوري ان له ان يوجره كالعم لانه يرجع الى تثقيفه والاول اصح وهو رواية الجامع الصغير قال ويسلمه في حرفة لانه نافع محض يهذب نفسه ويطلع صاحب حرفة والاشتغال به يمنعه عن الاشتغال بالفساد فيكون سبب سعادته في الدنيا والاخرة قال ويقبض هبته اي اذا وهب للقيط هبة فللملتقط ان يقبضها له لانه نفع محض وليس له احتمال خلافه ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان مميزا والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب اللقطة

اللقطة مثل اللقيط في الاشتقاق والمعنى فان كلا منهما مشتق من الالتقاط وهو الرفع واللقطة بضم اللام وفتح القاف اسم الفاعل للمبالغة وبسكون القاف اسم المفعول كالضحكة والضحكة وسمي هذا المال الملقوط باسم الفاعل منه لزيادة معنى اختص به وان كل من رآها يميل الى رفعها فكانها تامره بالرفع لانها حاملة اليه فاسند اليها مجازا فجعلت كانها هي التي رفعت نفسها ونظيره قولهم ناقة حلوب ودابة ركوب وهي اسم فاعل سميت بذلك لان من رآها رغب في الركوب والحلب فنزلت كانها حلبت نفسها وركبت نفسها قال رحمه الله لقطة الحل والحرم امانة ان اخذها ليردها على ربها واشهد لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء ويجب اذا خاف ضياعه فاذا كان كذلك لا يكون مضمونا عليه وصاحبها ايضا راض بالاخذ لحفظها له عادة فقد وجد منه الرضا دلالة فلا يجب عليه الضمان وانما قلنا بانه ماذون فيه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل وليحفظ عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها فلا يكتم فهو احق بها وان لم يجئ صاحبها فهو مال الله تعالى يوتيه من يشاء رواه احمد وابن ماجه وهذا مطلق فيتناول لقطة الحل والحرم وقالت المتقشفة لا يحل له ان يرفعها لان مال الغير لا يجوز اثبات اليد عليه الا باذنه كما لا يجوز تناوله الا باذنه وقال بعض المتقدمين من ائمة التابعين يحل له ان يرفعها والترك افضل لان صاحبها يطلبها في ذلك الموضع والحجة عليهم ما تلونا ولانه لو تركها لا يامن ان يصل اليها يد خائنة فيكتمها عن مالكها قالوا اذا كان يخاف على نفسه الطمع فيها فالترك افضل صيانة لنفسه عن الوقوع في الحرام واذا اخذها عرفها حتى يوصلها الى مالكها والاشهاد لنفي التجاحد حتى لو صدقه صاحبها انه اخذها ليردها على صاحبها لا يضمن وان لم يشهد لان اقراره حجة عليه كالبينة ولو اقر انه اخذها لنفسه ضمن لوجود التعدي على مال الغير فصار كالغاصب وقال عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وان لم يشهد عند الالتقاط وادعى انه اخذها للرد وادعى صاحبها انه اخذها لنفسه فالقول لصاحبها ويضمن الملتقط قيمتها عندهما وقال ابو يوسف القول قول الملتقط فلا يضمن لان اخذها لصاحبها حسبة ولنفسه معصية فكان حمل فعله على الصلاح اولى من حمله على الفساد ولان الملتقط منكر والمالك مدع للضمان فالقول قول المنكر ولهما انه اخذ مال الغير بغير اذنه وهو سبب الضمان فيضمن وهذا لان الاذن يتقيد بالاشهاد على ما روينا واذا لم يشهد لم يوجد فيضمن وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله وهو ان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه وصار نظير ما لو اخذ مال الغير وادعى انه وديعة قالوا هذا الاختلاف عند الامكان واما اذا لم يمكنه بان لم يجد احدا يشهده او خاف

عليها من الظلمة فلا يضمن بالاتفاق لان ترك الاشهاد انما يدل على اخذه لنفسه عند القدرة وان اشهد عند الاخذ وعرفها ثم ردها الى موضعها لم يضمن وذكر الحاكم في مختصره ان ردها بعدما حولها ضمن لانه بالتحويل التزم حفظها وبالرد صار مضيعا لها ولا كذلك قبل التحويل بخلاف ما اذا لم يشهد حيث لا يبرا من الضمان به اتفاقا لان الظاهر انه اخذه لنفسه فلا يبرا بغير الرد على صاحبه وحده في الاشهاد ان يقول من رايتموه ينشد ضالة فدلوه علي سواء كانت اللقطة واحدة او اكثر قال وعرفها الى ان علم ان ربها لا يطلبها اي عرف اللقطة الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها وروى محمد عن ابي حنيفة انه ان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا وقوله اياما اي على حسب ما يرى وقدره محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي ووجهه انه سئل عن لقطة الذهب والورق فقال اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوما من الدهر فادها اليه وسئل عن ضالة الابل فقال ما لك ولها دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتاكل الشجر حتى يجدها ربها وسئل عن الشاة فقال خذها فانما هي لك او لاخيك او للذئب رواه مسلم والبخاري وغيرهما فقدره بسنة من غير فصل بين القليل والكثير وروى الحسن عن ابي حنيفة انها ان كانت مائتي درهم فصاعدا عرفها حولا وفيما فوق العشرة الى ما دون مائتين شهرا وفي العشرة جمعة وفي الثلاثة دراهم ثلاثة ايام وفي درهم يوما وان كانت تمرة او نحوها تصدق بها وان كان محتاجا اكلها مكانها وقد ورد لكل تقدير مما ذكرنا حديث ولكن ليس فيه ما يدل على التقدير بما ذكرنا لان الاخبار فيها مختلفة فلا يعتمد عليها وهو الظاهر ... [illegible] والاصح ان ذلك مفوض الى رأي الملتقط ...

ان ياخذه منه وكذلك الحكم في صوفها **قال** ثم تصدق اي تصدق باللقطة اذا لم يجئ صاحبها بعد
التعريف لان الواجب عليه حفظها وادا وها الى اهلها قال الله تعالى ان الله يامركم ان تودوا الامانات
الى اهلها وذلك بالتسليم اليه عند القدرة وبالتصدق عنه عند عدمها اذ ايصال عوضها وهو الثواب
كايصال عينها وان شا امسكها رجاء الظفر بصاحبها وروى عن ابن مسعود رضي الله عنه انه اشترى
جارية فذهب البائع فلم يقدر عليه فتصدق عنه بثمنها **قال** فان جا ربها نفذه او ضمن الملتقط
يعني اذا جا صاحب اللقطة بعد ما تصدق بها الملتقط فهو بالخيار ان شا امضى الصدقة وله ثوابها
لان التصدق لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف
بيع الفضولي حيث يتوقف الاجازة فيه على قيام المحل لان الملك فيه لا يثبت الا بعد الاجازة فلا يتصور
الا في القائم ولهذا يشترط فيه قيام المتعاقدين والمالك ايضا عند الاجازة وان شا ضمن الملتقط
لانه تصرف في ماله بغير اذنه وهو موجب للضمان واذن الشرع لا ينافيه حيث لم يلزمه التصدق
بها وانما اباح له ذلك فصار كتناول مال الغير حالة المخمصة ولا فرق في ذلك بين ان يتصدق بامر
القاضي او بغير امره في الصحيح لان امره لا يكون اعلا من فعله والقاضي لو تصدق بها كان له ان يضمنه
فكذا له ان يضمن من امره القاضي وله ان يضمن الفقير لانه اخذ ما له لنفسه بغير اذنه ولا
يرجع الفقير على الملتقط بما لحقه من الضمان ولا الملتقط يرجع على الفقير لما عرف في موضعه هذا اذا
هلك العين في يد الفقير وان كانت قائمة اخذها صاحبها اذ لم يصح الصدقة لانه وجد عين ماله
قال وصح التقاط البهيمة اي يجوز التقاطها وقال الشافعي الترك افضل في غير الشاة لما روينا
ولنا انها يخاف عليها ان يصل اليها يد خائنة فكان في اخذها صيانتها فكان افضل او واجبا على نحو
ما بينا في غيرها ولان اطلاق النصوص في هذا الباب يتناولها وما رواه كان في ديارهم اذ كان لا يخاف
عليها من شي ونحن نقول في مثله بتركها وهذا لان في بعض البلاد الدواب يسيبها اهلها في البراري
حتى يحتاجوا اليها فيمسكوها وقت حاجتهم ولا فايدة في التقاطها في مثل هذه الحالة والذي يدل
على ذلك ما رواه مالك في الموطا عن ابن شهاب قال كانت ضوال الابل في زمن عمر رضي الله عنه ابلا
موبلة تتناتج لا يمسكها احد حتى اذا كان عثمان امر بمعرفتها ثم تباع فاذا جا صاحبها اعطي ثمنها
قال وهو متبرع في الانفاق على اللقيط لانه لا ولاية له في الايجاب على ذمتهما فصار كما اذا قضى
دين غيره بغير امر المدين **قال** وباذن القاضي يكون دينا اي لو انفق باذن القاضي يكون دينا على
صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له اذ هو نصب ناظرا فصار امره كامر المالك
ولا يامره بالانفاق حتى يقيم البينة انها لقطة عنده في الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده
فيحتال لايجاب النفقة على صاحبها وهو لا يجب عليه في المغصوب وهذه البينة ليست للقضا وانما
هي ليكشف الحال فيقبل مع غيبة صاحبها وان عجز عن اقامة البينة يامره بالانفاق عليها
مقيدا بان يقول بين جماعة من الثقات ان هذا ادعى ان هذه لقطة ولا ادري اهو صادق او
كاذب وطلب ان امره بالانفاق عليها فاشهدوا اني امرته بالانفاق عليها ان كان الامر كما
يقول وكان الفقيه ابو جعفر يقول ينبغي للحاكم ان يحلفه ونظيره ما لو باع عبدا فغاب المشتري

ولم يجده وطلب من الحاكم ان يباع ويوفي دينه من ثمنه لا يجيبه حتى يقيم البينة فان عجز اجابه على نحو ما
ذكرنا في اللقطة وقوله وباذن القاضي يكون دينا يشير الى ان النفقة تصير دينا بمجرد اذنه وليس
كذلك في الاصح لان مطلقه قد يكون للترغيب والمشورة او للالزام فلا يرجع بالاحتمال فلا بد من
ان يشترط ويجعله دينا عليه كما ذكرنا في الملتقط وانما يامره بالانفاق عليها يومين وثلاثة بقدر
ما يقع عنده انه لو كان المالك حاضرا لظهر **قال** ولو كان لها نفع اجرها وانفق عليها اي من
لان القاضي نصب ناظرا وامكنه ابقا العين من غير ان يلزم صاحبها الدين فتعين طريقا **قال**
والا باعها اي ان لم يكن لها نفع وانفق عليها تقدر ما يرى من المدة ولم يظهر لها مالك باعها لانه
لو انفق عليها في هذه الحالة تستغرق النفقة قيمتها وليس النظر ان يبقى العين ويوجب عليه اضعاف
قيمتها فيتعين الحفظ بالبيع ثم الثمن يقوم مقام العين فيما ذكرنا من التعريف والتصدق به وفي كونه
امانة في يده وفي البدايع ان القاضي لا يبيعها حتى يقيم البينة على نحو ما تقدم في الانفاق والآبق
في هذا كاللقطة الا انه لا يوجر لانه يخاف ان يابق **قال** ومنعها من ربها حتى ياخذ النفقة
اي اذا جا صاحبها وطلبها منعه اياها حتى يوفي النفقة التي انفق عليها لان هذا دين وجب بسبب
هذا المال لاحيائه فكان له تعلق بهذا المال فاشبه جعل الآبق ثم لا يسقط هذا الدين بهلاك
العين في يد الملتقط قبل حبسها لانه لا تعلق له به حقيقة وانما ياخذ صفة الرهن عند الحبس كالوكيل
بالشرا اذا انقد من مال نفسه له ان يرجع به على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط ما وجب له على
الموكل وبعده يسقط لانه صار في معنى الرهن عند اختيار الحبس فيهلك بما حبسه فيه فكذا هذا
ولو ان القاضي باعها بعد ما انفق عليها الملتقط قدر ما راه القاضي من المدة اعطاه القاضي
من ثمنها لانه مال مالكها والنفقة دين على مالكها فلرب الدين اذا ظفر بجنس حقه له ان ياخذه
فالقاضي اولى **قال** ولا دفعها الى مدعيها بلا بينة اي لا يدفع اللقطة الى من ادعى انها له من
غير اقامة البينة لقوله عليه السلام البينة على المدعي ولان اليد حق مقصود حتى وجب على
الغاصب الضمان بازالته فلا يزال الا ببينة ولا يستحق الا بها كالملك ولهذا وجب الضمان
على غاصب المدبر **قال** فان بين علامتها حل الدفع بلا جبر اي اذا اعطى المدعي علامتها حل
للملتقط الدفع اليه من غير ان يجبر عليه في القضا والعلامة مثل ان يسمي عدد الدراهم ووزنها
ووكاها ووعاها وقال مالك والشافعي يجبر على دفعها لما روينا من حديث ابي بن كعب وفيما
رواه مسلم قال عليه السلام فان جا صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاها فاعطها اياه
والا فهي لك وهذا امر وهو للوجوب ولان الظاهر انه كان في يده لانه قل من يعرف ما ليس في يده
فيرد اليه ولانا نازع له في الملك فيكون له ولان صاحب اليد ينازعه دون الملك فيشترط
الوصف لوجود المنازعة من وجه **ولنا** انه مدع وعلى المدعي البينة لما روينا ولان اليد
مقصود فلا يستحق الا بحجة على ما قررنا والعلامة لا تدل على الملك ولا على اليد لان الانسان قد
يقف على مال غيره ويخفى عليه مال نفسه فلا عبرة بها وما رواه محمول على الجواز توفيقا بين
الاخبار لان الامر قد يراد به الاباحة وبه نقول وان دفعها اليه بذكر العلامة ثم جا اخر

وأقام بينة انها له فان كانت قائمة اخذها منه وان كانت هالكة يضمن ايهما شاء لتعديهما بالدفع
والاخذ ويرجع الملتقط على الاخذ ان ضمن ولا يرجع الاخذ على احد وللملتقط ان يأخذ منه كفيلا
عند الدفع نظرا له لاحتمال ان يجيء غيره ويقيم البينة انها له فيضمنه ولا يمكنه الرجوع على من
اخذها لخفائه فيستوثق بالكفيل بخلاف الكفيل للوارث غائب او غريم غائب عند ابي حنيفة والفرق
له ان الملتقط يأخذ الكفيل لنفسه وهناك لاجنبي لا يعرفه ولان الحق قد ظهر للحاضر في الارث
فلا يجوز تأخيره لقسمة من الورثة او الغرماء الى زمان التكفيل فيكون القاضي ظالما به وهنا لم
يتعين صاحب الحق باعطاء العلامة ولهذا لا يجبر بالدفع اليه فلا يضره التأخير بل المنع بالكلية
على ما قررنا وان صدقه الملتقط قيل لا يجبر على الدفع كالمودع اذا صدق الوكيل بقبض الوديعة
بخلاف ما اذا صدق المدين الوكيل بقبض الدين حيث يجبر لانه اقرار على نفسه بوجوب دفع
ماله اليه وقيل يجبر لان الظاهر له ولم يتعين له مالك غيره بخلاف الوديعة لان المودع متعين
فلا يبطل حقه في العين بتصادقهما وان دفعها اليه بتصديقه ثم اقام اخر بينة انها له فان
كانت قائمة اخذها منه لان اقرار الملتقط لا يكون حجة عليه وان كانت هالكة فان
كان دفع اليه بغير قضاء فله ان يضمن ايهما شاء لما ذكرنا فان ضمن القابض فلا يرجع به على احد
لانه عامل لنفسه وان ضمن الملتقط فله ان يرجع به على القابض لان الملتقط ملكها بالضمان
فتبين ان القابض تعدى على ملكه ولا يمنع اقراره بانها ملك الاول من الرجوع عليه لانه كان
لاعتماده على العلامة فاذا قضي عليه بالبينة صار مكذبا شرعا فيرجع كالمشتري اذا اقر بملك البائع ثم
استحق المبيع يرجع على البائع بالثمن لما ذكرنا بخلاف ما اذا صدق المودع الوكيل بقبض الوديعة
فدفعها اليه فاخذ بها الموكل حيث يضمن ولا يرجع بها على القابض لان الوكيل عامل للموكل
وفي زعم المقر ان الموكل ظالم له في تضمينه اياه بعد ما قبض وكيله منه والمظلوم ليس له ان يظلم
غيره وهنا القابض عامل لنفسه وانه ضامن اذا ثبت انه لغيره فافترقا وللملتقط ان يأخذ منه
كفيلا لما ذكرنا وذكر في شرح المختار ان الملتقط اذا دفع اليه بتصديقه ليس له ان يرجع على القابض
فعلى هذا لا فرق بينهما ولا يأخذ منه كفيلا وان كان دفعها اليه بقضاء ضمن القابض لما ذكرنا ولا
يضمن الملتقط لانه مجبور وان اقام الحاضر بينة انها له فقضي بالدفع اليه ثم حضر اخر واقام
بينة انها له لم يضمن لما ذكرنا وذكر في النهاية في الكفيل في هذه الصورة روايتين والصحيح انه
لا يكفل وعزاه الى قاضيخان **قال** وينتفع بها لو فقيرا والا تصدق على اجنبي وابويه وزوجته
وولده لو فقيرا يعني يجوز للملتقط ان ينتفع باللقطة اذا كان فقيرا وان لم يكن فقيرا لم يجز ويتصدق
بها على الفقير اجنبيا كان او قريبا له او زوجة له لانه مال الغير فلا يجوز الانتفاع به بدون رضاه
لاطلاق النصوص كقوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الاية وقوله ولا تعتدوا وامثال
ذلك الا انه ابيح الانتفاع به للفقير بطريق التصدق لقوله عليه السلام فليتصدق به او للاجماع
فبقي غيره محرم التناول على الاصل فاذا كان المبيح هو الفقر فلا يختلف بين ان يكون الفقير واجدا
لها او غيره من اقاربه او الاجانب لحصول المقصود بالحل وهو التصدق على محتاج واباح الشافعي

للواجد وان كان غنيا لما رويناه من حديث ابي بن كعب ولانه انما يباح للفقير حملا على انه رفعها صيانة
لها والغني يشاركه فيه والحجة عليه ما بيناه وليس له حجة في حديث ابي لانه حكاية حال يجوز انه عليه
السلام عرف فقره اما لديون عليه او لقلة ماله او يكون اذن له عليه السلام بالانتفاع به وذلك
جائز عندنا من الامام على سبيل القرض ويحتمل انه عليه السلام عرف انه كان مال كافر حربي بل هو
الظاهر لان دار الاسلام لم تكن يومئذ واسعة ولو كان لمسلم لما خفي عليهم والغني محمول على الاخذ لاحتمال
افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها ومنع الشافعي عن الانتفاع
بلقطة الحرم لاحد بل يعرفها ابدا لقوله عليه السلام لا تحل لقطتها الا لمعرف ولما روي انه عليه السلام
نهى عن لقطة الحاج **ولنا** ما رويناه من النصوص من غير فصل ولان في الانتفاع بها نظرا له من
حيث انها تكون مضمونا على من انتفع بها وعلى من دفعها اليه فيكون فيه ابقاؤها له على تقدير مجيئه وان لم يجئ يحصل
له ثواب الصدقة ولا حجة له فيما روي لانه لبيان انه لا يسقط التعريف فيها باعتبار انها للغرباء ظاهرا
او وهما يقول انما للغرباء قد ذهب فيأخذها من غير تعريف

كتاب الآبق

وهو العبد المتمرد على مولاه **قال** اخذه احب ان قوي عليه اي يقدر عليه لان فيه احياء ماليته وتلاف
حرمته كالنشر وفيه اعانة مولاه فكان افضل ثم له الخيار ان شاء حفظه بنفسه ان كان يقدر عليه وان شاء
دفعه الى الامام فاذا دفعه اليه لا يقبله منه الا باقامة البينة على نحو ما ذكرنا في اللقطة ثم يحبسه
الامام تعزيرا له ولانه لا يؤمن من الاباق ثانيا ولهذا لا يؤجره ان كان له منفعة وينفق عليه من بيت
المال ويجعله دينا على مالكه واذا طالت المدة ولم يجئ صاحبه باعه القاضي وحفظ ثمنه واختلفوا
في الضال فقيل اخذه افضل احياء له وقيل تركه افضل لانه لا يفارق مكانه فيلقاه مولاه واذا دفع الى الامام
لا يحبسه لانه لا يستحق التعزير ولا يأبق وان كان له منفعة اجره وانفق عليه من اجرته **قال**
ومن رده من مدة سفر وهو مسيرة ثلثة ايام فله اربعون درهما وهذا استحسان والقياس ان لا يكون
له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي لانه متبرع بمنافعه فاشبه رد العبد الضال واللقطة ولان رده
نهي عن المنكر وهو فرض فلا يستحق الاجر باقامته **ولنا** ما روي عن عمرو بن دينار انه قال لم نزل نسمع انه عليه
السلام قال جعل الآبق اربعون درهما والصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل وان اختلفوا
في مقدارها فانه روي عن ابن مسعود انه اوجب اربعين درهما واوجب عمر دينارا او اثني عشر درهما
واوجب علي رضي الله عنه دينارا او عشرة دراهم وعن عمار بن ياسر انه قال ان رده في المصر فله عشرة
وان رده من خارج المصر استحق اربعين درهما فيحمل الكل على السماع لان الرأي لا مدخل له في المقادير
ثم يحمل قول من قال اربعين على مسيرة السفر وما دونه على ما دونها توفيقا وتلفيقا ولان اعطاء الجعل
على الرد اذ الحسبة نادر فيحصل صيانة اموال الناس وايجاب المقدر بالسمع ولا سمع في الضال واللقطة
فبقي على الاصل اذ الالحاق ممتنع لعدم المساواة لان الحاجة الى صيانة الضال دون الحاجة الى
صيانة الآبق لان الآبق يختفي والضال لا يبرز فيظهر وقوله نهي عن المنكر قلنا هذا تعليل بمقابلة
المنقول فلا يصح **قال** ولو قيمته اقل منه يعني له اربعون درهما وان كانت قيمته اقل من اربعين
وهذا عند ابي يوسف وقال محمد له قيمته الا درهما لان وجوبه ثبت احياء لحقوق الناس نظرا لهم

ولا نظر في ايجاب اكثر من قيمته ولابي يوسف ان تقديره ثبت شرعا بلا تعرض لقيمته فيمنع النقصان كما يمنع الزيادة الا ترى ان الصلح بالزيادة لا يجوز بخلاف الصلح على الاقل لانه حط البعض وهو لو حط الكل لجاز فكذا البعض وهذا هو المشهور وروي عن كل واحد منهما مثل قول صاحبه وعن ابي يوسف انه ينقص منه قدر ما ينقطع به اليد **قال** وان رده لاقل منها فحسابه اي لاقل من مسيرة السفر يحسب حسابه لان العوض يوزع على المعوض ضرورة المقابلة وذكر في الاصل انه يرضخ له اذا وجده في المصر او خارج المصر وعن ابي حنيفة انه لا شيء له في المصر ثم ان اتفقا في الرضخ فلا كلام وان اختلفا فالامام يقدره وان رده لاكثر من مسيرة السفر لا يزاد على اربعين درهما لانه متعلق بمدة السفر فلا يزاد بزيادتها كسائر الاحكام المتعلقة بها وان كان العبد مشتركا يجب على كل واحد منهم بقدر نصيبه فلا ياخذ من ادى حتى يوفي كله كالمبيع المحبوس بالثمن وان رد عبدين او اكثر يجب لكل واحد منهم اربعون درهما ولو رد جارية معها ولدها صغير يكون تبعا لامه فلا يزاد على الجعل شيء وان كان مراهقا يجب ثمانون درهما **قال** وام الولد والمدبر كالقن لانهما مملوكان للمولى ويستكسبهما كالقن فيحصل به احياء المالية من هذا الوجه بخلاف المكاتب لانه احق بمكاسبه فلا يوجد فيه احياء مال المولى هذا اذا ردهما في حياة المولى وان ردهما بعد موته فلا جعل له لان ام الولد تعتق بموته فيكون حرة ولا جعل في الحر وكذا المدبر ان خرج من الثلث لما ذكرنا وان لم يخرج فكذلك عندهما لانه حر عليه دين اذ العتق لا يتجزى عندهما وعنده مكاتب ولا جعل في المكاتب وان رد القن بعد موت مولاه يستحق الجعل ان كان الراد اجنبيا وان كان وارثا ينظر فان اخذه بعد موت المولى لا يستحق شيئا لان العمل يقع في محل مشترك بينه وبين غيره من الورثة وفيه لا يستحق الاجر على ما عرف في موضعه وان اخذه في حياته ثم مات يستحق الجعل في حصة غيره عندهما خلافا لابي يوسف هو يقول ان وجوب الجعل يضاف الى التسليم لا الى الاخذ ولهذا لو هلك قبل التسليم يسقط ووقت التسليم هو مشترك بينه وبين غيره فيكون عاملا لنفسه فلا يستحق الجعل ولهما ان الوجوب مضاف الى العمل لان الاجرة تستحق بالعمل وانما التسليم في المبادلة في تاكيد البدل لا في ايجابه الا ان سببا للتاكيد اذا فات يسقط البدل بعد الوجوب لان الوجوب معلق به وههنا التسليم فات في حصته اذ لا يجوز تسليما او متسلما ولم يفت في حصة غيره فبنا لذا عليهم حصتهم كما لو خاط او صبغ ثوبا لمورثه ثم مات قبل التسليم لا يسقط الاجر في حصته بخلاف ما لو اخذه والمولى ميت لان العمل وقع في محل مشترك فلا يستحق الاجر على ما بينا ولو رد عبد ابيه او اخيه وسائر اقاربه لا يجب له الجعل اذا كان في عيال المولى لجريان العادة بالرد تبرعا ولو لم يكن في عياله وجب الجعل له الا الابن اذا رد عبد ابيه او احد الزوجين يرد عبد الاخر فانهما لا يجب لهما الجعل مطلقا لان رد الابق على المولى نوع خدمة للمولى وخدمة الاب مستحقة على الابن فلا تقابل باجر وكذا خدمة احد الزوجين الاخر وكذا الوصي اذا رد عبد اليتيم لا يستحق الجعل ولا جعل للسلطان اذا رد ابقا **قال** وان ابق من الراد لا يضمن لانه امانة في يده اذا اشهد وقت الاخذ على ما بينا في اللقطة ولا جعل له لانه لم يرده على مولاه ولو اخذه غيره فرده على مولاه فالجعل له لانه هو الذي رده على المولى ولو جاء به الى المولى فاعتقه المولى قبل التسليم اليه استحق الجعل لان الاعتاق فيه قبض معنى ولهذا لو اعتق المشتري المبيع

قبل القبض وجب عليه تسليم الثمن لانه قبض له ولو دبره فالمسالة بحالها فلا جعل له حتى يقبضه ولو باعه من الراد استحق الجعل لسلامة البدل له بخلاف ما اذا وهبه له قبل التسليم وان هلك في يده فلا ضمان عليه لما ذكرنا ولا جعل له لانه بمنزلة المبيع في يد البائع حتى كان له حبسه بالجعل كما يحبس البائع بالثمن المبيع ثم لو هلك المبيع قبل القبض لا يستحق الثمن فكذا هذا هذا اذا صدقه المولى في الاباق وان كذبه فالقول قول المولى لان السبب الموجب للضمان من الاخذ قد ظهر فلا يسمع دعوى ما يبريه عنه الا اذا اقام البينة على اقرار المولى بانه ابق **قال** ويشهد انه اخذه ليرده لان الاشهاد يدل على انه اخذه ليرده على مولاه وتركه يدل على انه اخذه لنفسه فلا بد من الاشهاد حتى لو ترك الاشهاد يكون ضامنا ولا يستحق الجعل اذا رده وهذا عندهما وعند ابي يوسف لا يضمن ويستحق الجعل اذا رده لان الاشهاد عنده ليس بشرط على ما بينا في اللقطة واجمعوا على انه لا يستحق الجعل الا اذا اخذه ليرده حتى لو اقر انه اخذه لنفسه او اشتراه او اتهبه لنفسه ثم رده على المولى لا يستحق الجعل **قال** وجعل الرهن على المرتهن لانه احيى دينه بالرد لرجوعه به بعد سقوطه فحصل سلامة ما لديه له ولولا ذلك لهلك دينه والرد في حياة الراهن وبعده سواء لما ذكرنا من المعنى وهو لا يختلف فيهما هذا اذا كان كله مضمونا بان كانت قيمته مثل الدين او اقل فان كان بعضه امانة بان كانت قيمته اكثر من الدين جعل حصة المضمون على المرتهن وحصة الامانة على الراهن لان حق المرتهن في المضمون فصار كثمن الادوية والفداء من الجناية وان كان مديونا فالجعل على المولى ان اختار قضاء ما عليه من الديون وان ابى بيع العبد واخذ الراد جعله من ثمنه وما بقي يعطى لاصحاب الديون لانه مؤنة الملك فيجب على من يستقر له الملك وان كان جانيا فان اختار المولى الفداء فالجعل عليه لانه طهره عن الجناية باختياره فصار كانه لم يجن واحيى الراد ماليته بالرد اليه وان اختار دفعه بالجناية فالجعل على ولي الجناية لانه بالرد احيى حقه وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في الهبة بعد الرد لان الملك للموهوب له عند الرد وزوال الملك بالرجوع بعد ذلك كزواله بغيره من الاسباب ولان زوال الملك بالرجوع مقصر منه وهو ترك التصرف فيه فلا يسقط عنه الواجب بالرد بخلاف العبد الجاني والمديون وجعل عبد الصبي في مال الصبي لانه مؤنة ملكه ولو رده وصيه لا يستحق الجعل لان تدبيره واجب عليه فلا يستحق الاجر به وجعل العبد المغصوب على الغاصب لانه ضمان جناية العبد وهو على الغاصب وجعل عبد رقبته لرجل وخدمته لاخر على صاحب الخدمة في الحال فاذا مضت المدة رجع به على صاحب الرقبة ويباع العبد به لانه بمنزلة العبد المشترك **قال** وامر نفقته كاللقطة لانه لقطة حقيقة فلو نحي لحمه من ان الاخذ اذا انفق عليه من غير اذن القاضي يكون متبرعا ولا بد من اشتراط الرجوع على المولى عند الاذن وفي حبسه بالنفقة عند حضور مولاه غير انه لا يوجره وقد ذكرناه من قبل والله اعلم بالصواب

كتاب المفقود

قال رحمه الله هو غائب لم يدر موضعه وذكر في الكفاية انه في اللغة من الاضداد يقول الرجل فقدت الشيء اي اضللته وفقدته اي طلبته وكلا من المعنيين يتحقق في المفقود فقد ضل عن اهله وهم في طلبه وهو في اصطلاح الفقهاء اسم لرجل موضعه وحياته واهله في طلبه يجدون وقد انقطع عنهم خبره وخفي عليهم اثره فبالجد قد يصلون

الى المراد وربما يتأخر القال الى يوم التناد وحكمه في الشرع انه حي في حق نفسه حتى لا يقسم ماله
بين ورثته ميت في حق غيره حتى لا يرث من احد مات من اقاربه لان ثبوت حياته باستصحاب الحال
وهو معتبر لا في ابقاء ما كان ولا يصلح للاستحقاق **قال** وينصب القاضي من ياخذ حقه ويحفظ ماله (على ما كان ن صح)
ويقوم عليه لان القاضي نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر لنفسه وقد عجز المفقود فصار كالصبي والمجنون
وفي نصب من يأخذ حقه نظر له فيفعل وقوله من ياخذ حقه يعني يقبض غلاته والديون التي اقر بها غرماؤه
لانه من باب الحفظ ولا يخاصم في دين لم يقر به الغريم ولا في نصيب له في عقار او عرض في يد غيره لانه ليس
بمالك ولا نائب عنه وانما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بالاتفاق لما فيه
من تضمن الحكم على الغائب وانما الخلاف المعروف من الاصحاب فيمن وكله المالك بقبض الدين هل يملك
الخصومة ام لا فعند ابي حنيفة يملك وعندهما لا يملك لما عرف في موضعه فاذا كان يتضمن الحكم على
الغائب لا يجوز عندنا فلو قضى به قاض يرى ذلك جاز لانه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه بالاتفاق
فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي ان يتوقف نفاذه على امضاء قاض اخر كما لو كان القاضي
محدودا في قذف **قلنا** ليس كذلك بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة هل تكون حجة
من غير خصم حاضر ام لا واذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في
القذف هكذا ذكر هنا وهو مشكل فان الاختلاف في نفس القضاء والا لم يتصور الاختلاف في سبب
القضاء فلا ينفذ حكمه حتى ينفذه حاكم اخر بخلاف ما اذا كان الاختلاف في واقعة فحكم الحاكم باحد القولين
حيث ينفذ حكمه فيه من غير تنفيذ احد لوجود الاختلاف فيها قبل الحكم ثم الوكيل الذي نصبه القاضي
يخاصم في دين وجب بعقده بلا اختلاف لانه اصل فيرجع حقوقه اليه ويبيع ما يخاف عليه الفساد
من ماله لانه تعذر حفظ صورته ومعناه فتعين النظر فيه بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه
الفساد في نفقة ولا في غيرها لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يجوز له ترك حفظ الصورة
من غير ضرورة **قال** وينفق منه على قريبه ولادا وزوجته اي ينفق من ماله على فروعه واصوله وهو
المراد بقوله ولادا وعلى زوجته لان نفقة هؤلاء واجبة من غير قضاء القاضي ولهذا لو ظفروا
بما له اخذوه من غير قضاء ويكون القضاء اعانة لهم فلا يكون قضاء على الغائب بخلاف نفقة غيرهم كالاخوة
والاعمام وغيرهم من ذي الرحم المحرم غير الولاد لان نفقتهم لا تجب الا بقضاء القاضي لانه مختلف فيه
فلو قضى لهم لكان قضاء على الغائب وهو لا يجوز وقوله من ماله المراد به الدراهم والدنانير لان حقهم في
المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والقضاء على
الغائب لا يجوز والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالنقود وهذا اذا كان في يد القاضي
وان كان وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة والدين والنسب
والنكاح اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي وان كانا ظاهرين فلا حاجة الى اقرارهما وان كان
احدهما ظاهرا دون الاخر يشترط الاقرار بما ليس بظاهر في الصحيح وان دفعا اليهم بغير امر القاضي
ضمن المودع ولا يسقط الدين لتعدي المودع وعدم ايصال الدين الى صاحبه او نائبه بخلاف ما اذا
دفع الى القاضي نفسه او الى غيره بامره لان القاضي له ولاية الدفع والاخذ فان كانا جاحدين اصلا

او كانا جاحدين السبب من النسب والزوجية لم ينتصب احد من المستحقين خصما فيه لان ما يدعيه للغائب
وهو المال لم يتعين سببا لثبوته لجواز ان يكون له مال اخر غيره بخلاف ما اذا كان حقه متعينا فيه كالشفيع يدعي
على رجل شراء المشفوع من المالك الغائب وكالعبد يدعي على رجل انه اشتراه من مولاه الغائب واعتقه فانه
يقضى على الغائب في مثله للضرورة **قال** ولا يفرق بينه وبينها اي لا يفرق بينه وبين امرأته وقال
مالك اذا مضى اربع سنين يفرق بينهما وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه
فعل كذلك في الذي استهوته الجن ولانه فات حقها فيفرق بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالعنة والايلاء
فاخذنا المقدار الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين لان حقها فات وهو معذور وفي
العنة لانه مباح كما في العنة **ولنا** قوله عليه السلام في امرأة المفقود انها امرأته حتى ياتيها البيان
وقال علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موته او طلاقه ولان بيانا للبيان
المذكور في المرفوع ولان النكاح حقه وهو حي في ابقاء حقه ولهذا لا يورث ماله للحال فكذا لا يفرق
بينه وبينها وقد صح رجوع عمر الى قول علي رضي الله عنهما فلا يلزم حجة والتفريق في الايلاء دفع الظلم ولا
ظلم من المفقود فلا يقاس عليه ولانه كان طلاقا معجلا فاجله الشارع فكان ايقاعا بخلاف الغيبة فلا
يقاس عليه ولا على العنة لان الغيبة تعقب الرجوع والعنة لا تزول بعد استمرارها سنة عادة
فانعدم شرط القياس وهو الاستواء **قال** ويحكم بموته بعد تسعين سنة لان الغالب لا يعيش اكثر من
ذلك وهو مروي عن ابي بكر الفضلي وعن ابي بكر محمد بن حامد رحمهما الله وابو يوسف قدره بمائة سنة
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قدره بمائة وعشرين سنة وفي ظاهر الرواية يقدر بموت الاقران في
بلده لان الرجوع الى امثاله فيما يقع الحاجة فيه الى معرفته طريق في الشرع كقيم المتلفات ومهر مثل
النساء فاذا لم يبق احد من اقرانه دل ذلك على موته فيحكم بموته لان بقاءه بعد اقرانه نادر وبناء الاحكام
الشرعية على الغالب دون النادر والمختار انه يفوض الى راي الامام لانه يختلف باختلاف البلاد وكذا
غلبة الظن تختلف باختلاف الاشخاص فان الملك العظيم اذا انقطع خبره يغلب على الظن في ادنى مدة
انه مات لا سيما اذا دخل في مهلكة وما كان سبب اختلاف الناس في مدته الا اختلاف ارائهم فيه فلا معنى
لتقديره **قال** وتعتد امرأته وورث منه حينئذ لا قبله اي حين حكم بموته لا قبل ذلك حتى لا يرثه الا
ورثته الموجودون في ذلك الوقت لا من مات قبل ذلك الوقت من ورثته كانه مات فيه عيانا لان
الحكمي معتبر بالحقيقي **قال** ولا يرث من احد مات اي لا يرث المفقود من احد مات من اقاربه حالة
فقده قبل الحكم بموته لان بقاءه حيا الى ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة لان يستحق به
مال الغير وانما يدفع به استحقاق ماله غيره فيكون كانه حي في ماله ميت في حق مال غيره هذا اذا
لم يعلم حياته الى ان يحكم بموته وان علم حياته في وقت من الاوقات يرث ممن مات قبل ذلك الوقت ولهذا
يوقف نصيبه من مال من مات قبل ذلك الوقت من اقاربه كما في الحمل لاحتمال ان يكون حيا فيرث فان
تبين حياته في وقت مات فيه قريبه كان له والا يرد الموقوف لاجله الى وارث مورثه الذي وقف
من ماله وكذا اذا اوصي له يوقف الموصى به الى ان يحكم بموته فاذا حكم بموته يرد المال الموصى به
الى ورثة الموصي **قال** ولو كان مع المفقود وارث يحجب به لم يعط شيئا وان انتقص حقه به

اى بالمفقود يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي كالحمل لان حاله مترددة فيعمل بالاحوط فالاحوط كالحمل
ثم الاصل في تصحيح مسائل المفقود وهو ان ينظر في المسألة فتصحح على تقدير حياته وعلى تقدير مماته ثم
ينظر بين التصحيحين فان كان بينهما موافقة فاضرب وفق احدهما في الآخر والا اضرب الجميع في الجميع ثم
من كان يسقط من الورثة على تقدير حياته او مماته يسقطه ومن كان يتفاضل في احد الحالتين ولا يسقط
يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي ومن لا يتغير نصيبه في الحالين يعطى نصيبه كاملا مثاله تركت
امرأة زوجا واما واختا لابوين واخا لاب مفقودا فللام السدس على تقدير حياته وعلى تقدير
مماته الربع وللزوج النصف على تقدير حياته وعلى تقدير وفاته الربع والثمن وكذا للاخت على تقدير
مماته وعلى تقدير حياته لها التسع فيعطى كل واحد منهم الاقل ويوقف الباقي من نصيبه ولو ترك ابنتين
واخا لاب وبنت ابن وابن ابن مفقودا فللبنتين الثلثان على كل حال ولبنت الابن التسع على تقدير حياته
ولا شيء لها على تقدير مماته وللاخ الثلث على تقدير مماته ولا شيء له على تقدير حياته فيعطى البنتان الثلثان
ولا يعطى الاخ ولا بنت الابن شيئا كما في الحمل على ما عرف في موضعه والله اعلم ۝

كتاب الشركة

وهي عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث
لا يعرف احد النصيبين من الآخر ومنه الشرك بالتحريك حبالة الصائد لان فيه اختلاط بعض حباله
بالبعض ثم يطلق اسم الشركة على العقد مجازا لكونه سببا له اعلم ان الشركة على ضربين شركة ملك
وشركة عقد على ما نبين ان شاء الله تعالى قال رحمه الله شركة الملك ان يملك اثنان عينا ارثا
او شراء وكذا استيلاء او اتهابا او وصية او اختلاط مال بغير صنع او بصنعهما بحيث لا يتميز او يتعسر
كالجنس بالجنس او المائع بالمائع او خلط الحنطة بالشعير وهذا النوع من الشركة كان واقعا في زمنه
عليه السلام كالشركة في المواريث والغنائم ونحوها قال وكل اجنبي في قسط صاحبه اي كل
واحد منهما اجنبي في نصيب صاحبه حتى لا يجوز له ان يتصرف فيه الا باذنه كما لو غيره من الاجانب
وان باع نصيبه من شريكه جاز كيف ما كان لولايته على ماله وكذا اذا باعه من غيره لما ذكرنا الا
في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز ان يبيعه من اجنبي الا باذن شريكه لان خلط الشيء بما لا يتميز
استهلاك وهو سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط لو كان على سبيل التعدي فاذا حصل
من غير تعد فقد انعقد سبب الزوال من وجه فاورث شبهة زوال نصيب كل واحد منهما الى شريكه
في حق البيع من الاجنبي فلا يجوز بيع نصيبه الا برضا شريكه واما فيما عداه فملك كل واحد منهما قائم
من كل وجه لانعدام سبب الزوال فيطلق له التصرف ولان ملك كل واحد منهما في هذه الصورة
على حاله لان كل حبة مشارا اليها ليست بمشتركة وانما هي ملك احدهما بعينه الا انه لا يمكن التمييز
بين ملكيهما فلا يقدر على تسليمه والعجز عن التسليم مانع من الجواز بخلاف غير هذه الصورة من انواع
الشركة لان ملك كل واحد منهما ثابت في كل جزء من اجزاء العين وهو معلوم مقدور التسليم فيجوز
قال وشركة العقد ان يقول احدهما شاركتك في كذا ويقبل الآخر لانه عقد من العقود
فلا بد من الاتيان بركنه وهو الايجاب والقبول بان يقول شاركتك في بز او نحوه او في عموم التجارات
وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة مما يقبل الوكالة ليتم ما يحصله كل واحد

منهما مشتركا بينهما فيحصل لنفسه بطريق الاصالة ولشريكه بطريق الوكالة ولا يمكنه ذلك فيما لا
يقبل التوكيل كالاحتطاب والاحتشاش ونحو ذلك من المباحات لان التوكيل لا يصح فيه فيكون
ما يحصله له خاصة دون صاحبه ثم شركة العقود على ثلثة اوجه شركة بالمال وشركة بالاعمال
وشركة الوجوه وكل قسم ينقسم الى قسمين مفاوضة وعنان فصارت ستة اقسام وعقد الشركة
جائز لانه عليه السلام بعث والناس يتعاملونه فقررهم عليه وروي ان السائب قال للنبي صلى الله
عليه وسلم كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداريني ولا تماريني رواه ابو داود وغيره من
الثقات وقال عليه السلام ان الله تعالى يقول انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا
خان خرجت من بينهما رواه ابو داود وروى البخاري واحمد ان زيد بن ارقم والبراء بن عازب
كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم فامرهما ان ما كان
بنقد فاجيزوه وما كان بنسيئة فردوه فعلم بذلك ان شركة العقد مشروعة قال وهي
مفاوضة ان تضمنت وكالة وكفالة وتساويا مالا وتصرفا ودينا اي شركة العقد تكون
مفاوضة بهذه الشروط المذكورة لان المفاوضة تنبئ عن المساواة وهي مشتقة منها قال
الشاعر ۝ لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ۝ ولا سراة اذا جهالهم سادوا ۝ والمساواة
تكون بما ذكرناه على ما نبين وقيل المفاوضة مشتقة من التفويض لان كل واحد منهما يفوض
امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق ولهذا كانت عامة في جميع التجارات لتتحقق المساواة
ولا تصح الا بلفظ المفاوضة او بالنص على جميع ما تقتضيه المفاوضة لان اكثر الناس لا يعرفون
شرائطها فتشترط النص عليها او على مقتضاها لتكون معلومة ظاهرة وانما شرطت الوكالة فيها
لتحقق المقصود وهو الشركة في المشترى لانه لا يقدر ان يدخله في ملك صاحبه الا بالوكالة منه
اذ لا ولاية له عليه ولا يقال الوكالة بالمجهول لا تجوز فوجب ان لا يجوز هذه الشركة لتضمنها
الوكالة بمجهول الجنس كما اذا وكله بشراء ثوب ونحوه لانا نقول التوكيل بالمجهول لا يصح قصدا
ويصح ضمنا حتى صحت المضاربة مع الجهالة لانها توكيل بشراء شيء مجهول في ضمن عقد المضاربة
فكذا هذا او نقول منه شركة العنان فانها جائزة بالاجماع وان تضمنت ما ذكرنا من الجهالة في
الوكالة اذ لا بد من تضمن عقد الشركة الوكالة لما ذكرنا او نقول الجهالة تفسد العقد لكونها
مفضية الى المنازعة لا لذاتها وهنا لا تفضي الى المنازعة فيجوز قوله ان تضمنت الوكالة ليس فيه
فائدة يمتاز بها عن غيرها من انواع الشركة لان كل عقد شركة يتضمنها ولا يصح الا بها فلا يختص
المفاوضة وشرطت الكفالة في هذا النوع من الشركة لتثبت المساواة بينهما فيطالب كل واحد منهما
فيما باشره احدهما ولا يقال ان الكفالة لا تجوز الا بقبول المكفول له في المجلس فكيف جازت
هنا مع جهالته لانا نقول ذاك في الكفالة مقصودا واما اذا دخل ضمن شيء آخر فلا يشترط على ما
ذكرنا في اشتراط الوكالة مع الجهالة او نقول جوزناه لتعامل الناس وبمثله يترك القياس ۝
كما في الاستصناع واشترط التساوي في المال لانه لفظه ينبئ عن التساوي والمراد به التساوي
في مال تصح فيه الشركة كالنقود ولا يضرها التفاضل في العروض وانما شرط ان يتساويا

في التصرف لان المساواة شرط فيها وهي تفوت عند فوات المساواة في التصرف كالحر والعبد او البالغ
والصغير لان الحر البالغ يملكه بنفسه وهما لا يملكانه الا باذن الولي والمولى ولانهما لا يملكان التكفل
لكونه تبرعا ابتداء وهو شرط فيها واشترط ان يتساويا في الدين لان الاختلاف فيه يؤدي الى الاختلاف
في التصرف فان الكافر اذا اشترى خمرا او خنزيرا لا يقدر المسلم ان يبيعه ومن شرطها ان يقدر على
بيع ما اشتراه شريكه لكونه وكيلا له في البيع والشرا وكذا المسلم لا يقدر على شرائهما كما يقدر الكافر عليه
ففات الشرط وهذا عندهما وقال ابو يوسف يجوز بينهما لان كلا منهما يملك التصرف ويستويان في الكفالة
والوكالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما الا انه يكره لان الكافر لا يهتدي الى الجائز من العقود
ونظيره انها تجوز بين الشافعي والحنفي مع تفاوتهما في بيع متروك التسمية وشرائه وجوابه ما بيناه
والفرق لهما ان الحنفي والشافعي لم يتفاضلا في التجارة وضمانها لان الشافعي في زعمه ان شرا متروك
التسمية جائز لهما وفي زعم الحنفي غير جائز لهما فقد استويا في التصرف فيما يرجع الى اعتقادهما وكذا
المحاجة باقية بينهما ملزمة فيرجع اليه بخلاف المسلم والذمي ويجوز بين الكافرين لاستوائهما في ملك
التصرف والكفالة ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصغيرين ولا بين الصغير والبالغ لفقد شرطها وهو ملك
التصرف والكفالة فيهما او في احدهما ثم في كل موضع لا تصح المفاوضة لفقد شرطها وهو ليس بشرط في العنان
كان عنانا لاجتماع شرائطه اذ هو اخص فاذا بطل الاعم تعين له قال ولا يصح من حر وعبد
وصبي وبالغ ومسلم وكافر لما ذكرنا قال وما يشتريه كل يقع مشتركا الا طعام اهله وكسوتهم
اي ما يشتريه كل واحد منهما يكون للشركة الا ما استثناه لان مقتضى عقد المفاوضة المساواة
وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء احدهما كشرائه والقياس ان يكون الطعام المشترى
والكسوة المشتراة مشتركا بينهما لانهما من عقود التجارة فكان من جنس ما تناوله عقد الشركة الا انا
استثنيناه للضرورة اذ كل واحد منهما حين شارك صاحبه كان عالما بحاجته ولم يقصد ان يكون
نفقته ونفقة عياله على شريكه وانه لا يتمكن من تحصيله الا بالشرا فكان مستثنى بهذا القدر من
تصرفه من مقتضى العقد دلالة او عادة وهو كالمنطوق وكذا الاستيجار للسكنى او للركوب لحاجته
كالحج وغيره وكذا الادام والجارية التي يطأها لما ذكرنا قال وكل دين لزم احدهما بتجارة وغصب
وكفالة لزم الاخر لانه كفيله والمراد بالكفالة اذا كانت بامر المكفول عنه وهذا عند ابي حنيفة
وعندهما لا يلزمه لانه متبرع ولهذا لا تصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب وتعتبر من الثلث
في المرض وله انها معاوضة انتهاء بخلاف ما اذا كانت بغير امره والكفالة بالنفس وفي الغصب خلاف
ابي يوسف ويلحق به المستهلك من الوديعة وغيره هو يقول انه ليس بتجارة فصار كدين الجناية ونحوها
ونحن نقول انه معاوضة ولهذا يصح الاقرار به من المأذون والمكاتب وهذا لان شرط لزومه غير العاقد
ان يكون بدلا عن شيء يصح فيه الاشتراك وان لم يقع مشتركا حتى يجب بدل النفقة على غير العاقد لان
النفقة يصح فيها الاشتراك فكذا بدل الغصب لانه معاوضة عندنا على ما مر في العتاق وكذا اذا
استأجر احدهما لزم الاجر صاحبه لما ذكرنا ولان المساواة به تتحقق ولا يلزمه ارش الجناية والمهر
والصلح عن دم العمد ونفقة الزوجات والاقارب لان هذه الديون بدل عما لا يصح الاشتراك فيه فلا

يلزم الا المباشر لان كل واحد منهما لم يلتزم عن صاحبه بالعقد الا ديون التجارة وهذه الاشيا ليست
من باب التجارة فلم يدخل تحت العقد ثم ان ادى العاقد ثمن الطعام ونحوه من مال مشترك بينهما يرجع عليه
الاخر بحصته وان ادى غير العاقد من ماله خاصة يرجع عليه بالكل وان ادى من مال مشترك بينهما
يرجع بحسابه لانه قضى دينه بمال صاحبه او قضى عنه صاحبه بامره قال وبطلت ان وهب لاحدهما
او ورث ما تصح فيه الشركة اي بطلت المفاوضة اذا ورث احدهما او وهب له ما لا تصح فيه الشركة
ووصل الى يده وهو النقدان لفوات المساواة فيما يصلح راس المال اذ المساواة فيها شرط ابتداء وبقاء
وقد فاتت اذ لا يشاركه الاخر فيه لانعدام السبب في حقه وينقلب عنانا للامكان اذ لا يشترط فيه المساواة
قال لا العرض اي لو ملك احدهما عرضا لا تبطل المفاوضة به لان التفاوت فيه لا يمنع ابتداء فكذا
بقاء وهذا لان المفاوضة لا تبطل بتفاوتهما في المال الا في مال يصح عقد الشركة فيه ابتداء كالدراهم
والدنانير والفلوس النافقة وما لا فلا ولو ورث احدهما دينا وهو دراهم او دنانير لا تبطل حتى
يقبض لان الدين لا تصح الشركة فيه فاذا قبض بطلت المفاوضة لانه صار بحال يمنع ابتداء المفاوضة
فيمنع البقاء لان البقاء فيما ليس بلازم من العقود حكم الابتداء والمفاوضة منها قال ولا تصح مفاوضة
وعنان بغير النقدين والتبر والفلوس النافقة وقال مالك تجوز في العروض اذا اتحد الجنس لانها شركة
في راس مال معلوم كالنقود بخلاف المضاربة لانها جوزت مع المنافي وهو ربح ما لا يضمن فاقتصر على
مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما راس ماله وتفاضل
الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يضمن وما لم يملك بخلاف النقدين
لان ما يشتريه احدهما يدخل في ملكهما وثمنه في ذمته يرجع به على صاحبه بحسابه اذ لا يتعين فكان ربح ما
يضمن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشرا وبيع الانسان ماله على ان يكون الثمن مشتركا
بينه وبين غيره لا يجوز بخلاف الشرا لانه يلزم ان يكون وكيلا في بيع المال على ان يكون له بعض ربحه
والوكيل بالبيع امين فاذا اشترط له جزء من الربح كان ربح ما لم يضمن والفلوس اذا كانت تروج
هي اثمان فاخذت حكم النقدين وقيل هذا عند محمد لانها ملحقة بالنقود عنده وعندهما لا تصح الشركة
فيها ولا المضاربة لان رواجها عارض باصطلاح الناس فكان على شرف الزوال فيصير عرضا فلا يصلح
ان يكون راس المال في الشركة والمضاربة لانه لا يمكن رفع راس المال بالعدد بعد الكساد ولا بالقيمة
لانه لا يعرف الا بالحزر فيؤدي الى النزاع وقيل ابو يوسف مع محمد والاقيس ان يكون مع ابي حنيفة لما
عرف من اصلهما ان الفلوس تتعين بالقصد عندهما وان كانت تروج بين الناس حتى جاز بيع فلس
بفلسين باعيانهما عندهما خلافا له والاصح انها تجوز في الفلوس عندهما لانها اثمان باصطلاح الكل
فلا تبطل ما لم يصطلح على ضده واما التبر وهو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة ثمن
باصل الخلقة والاول هو ظاهر المذهب ووجهه ان الثمنية تختص بضرب مخصوص لانه بعد الضرب
لا يصرف الى شيء اخر غالبا والمعتبر هو العرف فكل موضع جرى التعامل به فهو ثمن والا فحكمه حكم
العروض فحكم التعين وعدم جواز الشركة والمضاربة به واما المكيل والموزون والعددي المتقارب
فلا تصح الشركة فيها قبل الخلط وان خلطاه بجنسه فهو كذلك عند ابي يوسف ويكون المخلوط بينهما

شركة ملك وهو ظاهر الرواية وعن محمد انه شركة عقد وثمرة الخلاف تظهر في استحقاق المشروط من الربح فعند محمد يستحق وعند ابي يوسف يكون بينهما على قدر مالهما ويبطل شرط التفاوت وجه قول محمد ان المكيل والموزون ثمن من وجه حتى يصح الشراء به دينا في الذمة عرض من وجه حتى يتعين بالتعيين فبالنظر الى انه عرض لم تصح الشركة فيه قبل الخلط وبالنظر الى انه ثمن يجوز بعده رعاية للشبهين وتوفيرا لحظهما عليهما بخلاف العروض وجه ظاهر الرواية ان ما يصلح راس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه من الخلط وعدمه لان المعنى المانع موجود في الحالين وهو تعينه بالتعيين فصار كما اذا خلطاه بخلاف جنسه وفرق محمد بينهما فانه اذا خلط الجنس بجنسه يكون من ذوات الامثال حتى يضمن متلفه مثله واذا خلط بخلاف جنسه يكون من ذوات القيم حتى يضمن متلفه قيمته وابو يوسف يقول لا نسلم لانه من ذوات الامثال كما قبل الخلط قال رحمه الله ولو باع كل نصف عرضه بنصف عرض الاخر وعقدا الشركة صح اي لو باع كل واحد منهما نصف ما له من العروض بنصف مال الاخر وعقدا الشركة بعد البيع جازت الشركة وصارت شركة عقد وهذا لانه بالبيع صار شركة ملك حتى لا يجوز لكل واحد منهما ان يتصرف في نصيب الاخر ثم بالعقد بعد ذلك صار شركة عقد فيجوز لكل واحد منهما ان يتصرف في نصيب صاحبه وهذه حيلة لمن اراد الشركة في العروض لانه بذلك يصير نصف مال كل واحد منهما مضمونا على صاحبه بالثمن فيكون الربح الحاصل من المالين ربح ما يضمن فيجوز بخلاف ما اذا لم يبيعا على ما بينا وحمل بعضهم ما ذكرهنا من بيع نصف مال كل واحد منهما على ما اذا كانت قيمتهما على السواء واما اذا كانت قيمتهما متفاوتة فيبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة كما اذا كان قيمة عرض احدهما اربعمائة وقيمة عرض الاخر مائة يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الاخر فيصير المال كله بينهما اخماسا وهذا الحمل غير محتاج اليه لانه يجوز ان يبيع كل واحد منهما نصف ما له بنصف مال الاخر وان تفاوتت قيمتهما حتى يصير المال بينهما نصفين وكذا العكس جائز وهو ما اذا كانت قيمتهما متساوية فباعاه على التفاوت بان باع احدهما ربع ما له بثلثه ارباع مال الاخر حتى يكون المال كله بينهما ارباعا فعلم بذلك ان قوله باع نصف ما له بنصف مال الاخر وقع اتفاقا او قصدا ليكون شاملا للمفاوضة والعنان لان المفاوضة شرطها التساوي بخلاف العنان وقوله بنصف عرض الاخر وقع اتفاقا لانه لو باعه بالدراهم ثم عقدا الشركة في العروض الذي باعه جاز ايضا قال وعنان ان تضمنت وكالة فقط اي هي عنان ان تضمنت الوكالة وحدها ولم تتضمن الكفالة وهو ان يشترك الرجلان في نوع بز او طعام او في عموم التجارة ولم يذكر الكفالة والعنان ماخوذ من قولهم عن له كذا اي عرض له قال امرؤ القيس فعن لنا سرب كان نعاجه عذارى دوار في ملاء مذيل اي عرض او من قولهم عن له اي ظهر له فكانه ظهر له ان يشارك في البعض من ماله لان العنان لا ينبئ على العموم من كل وجه او من عنان الدابة على معنى ان راكب الدابة يمسك العنان باحدى يديه ويعمل بالاخرى فكذا كل واحد من الشريكين يجعل عنان التصرف في بعض المال الى صاحبه وما لك والشافعي لم يجيزا هذا الاسم على هذه الشركة وقالا انه كلمة تطرق بها اهل الكوفة ليمكنهم التميز من الشركة العامة والخاصة من غير ان

بمعنى ظهر

يكون مستعملا في كلام العرب وهذا خطأ فانه مستعمل في كلام العرب قال النابغة وشاركنا قريشا في تقاها وفي احسابها شرك العنان وانما تضمنت الوكالة ليتحقق مقصوده وهو الشركة فيما يشتريه كل واحد منهما ولا حاجة الى تضمنه الكفالة لان اللفظ لا ينبئ عن المساواة بخلاف المفاوضة قال ويصح مع التساوي في المال دون الربح وعكسه وهو ان يتساويا في الربح دون المال ومعناه ان يشترطا خلاف ذلك لانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لان الضمان بقدر راس المال ولهذا لا يجوز اشتراط الوضيعة على خلاف راس المال فكذا الربح ولنا قوله عليه السلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولان الربح يستحق باحد ثلثة امور بالمال والعمل والضمان وقد وجد العمل هنا فوجب ان يستحق المشروط به كالمضارب فانه يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يتقبل الاعمال بالضمان وغيرهما بالمال ولان الحاجة مست الى اشتراط التفاضل لان احدهما قد يكون اهدى واحذق في التجارة ولا يرضى بالمساواة فوجب القول بجوازه كيلا يتعطل مصالحهم بخلاف اشتراط جميع الربح لانه يخرج به عن الشركة والمضاربة الى القرض او البضاعة وبخلاف الوضيعة لانه امين فلا يجوز اشتراط الضمان عليه لان الامانة تنافيه كالوديعة وغيره ولا ينافي استحقاق الزيادة من الربح بعمله بشرط ان يكون عمله مثل عمل شريكه او اكثر كما ذكرنا ولانه يشبه المضاربة من حيث انه يعمل بمال غيره ويشبه الشركة من حيث الاسم ووجود المال والعمل منهما فعملنا بجواز اشتراط الزيادة اعتبارا بالمضاربة ولا يبطل باشتراط العمل عليهما اعتبارا بالشركة بخلافه ان كلا منهما يعمل في مال صاحبه وفي مال نفسه وعمله في مال صاحبه باجرة فيستحق المسمى فيه كالمضاربة قال وببعض المال اي يجوز ببعض المال دون البعض لان الحاجة ماسة اليه والمساواة ليست شرطا فيه فوجب القول بجوازه قال وبخلاف الجنس اي يجوز بخلاف الجنس ايضا بان كان من جهة احدهما دراهم ومن جهة الاخر دنانير وقال زفر والشافعي لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يتصور الشركة فيه الا بعد وقوع الشركة في الاصل ولا يتصور ذلك بلا خلط والجنسان لا يختلطان فيكون نصيب كل واحد منهما متميزا عن نصيب الاخر ولا اشتراك مع الامتياز ولفظ الشركة يدل على الاختلاط على ما بينا ولنا ان الشركة عقد توكيل من الطرفين لشراء كل واحد منهما بثمن في ذمته على ان يكون المشترى بينهما وهذا لا يفتقر الى الخلط والربح يستحق بالعقد كما يستحق بالمال ولهذا سمي العقد شركة وهذه الشركة مستندة الى العقد حتى جازت شركة الوجوه والتقبل لا الى المال لان ذلك لا اختصاص لها بالعقد فاذا كانت مستندة الى العقد لم يشترط فيها الخلط والمساواة والاتحاد وقيل هذه المسئلة مبنية على ان الدراهم والدنانير يتعينان عندهم كالعروض وعندنا لا قال وعدم خلط اي يجوز هذه الشركة مع عدم الخلط بين المالين على ما بينا انفا والخلاف فيه قال وطولب المشتري بالثمن فقط اي طولب المشتري وحده بالثمن هنا ولا يطالب الاخر فيما اشتراه للشركة لان الشركة تقتضي الوكالة دون الكفالة والمباشر هو الاصل في الحقوق فيرجع به عليه بخلاف المفاوضة قال ورجع على شريكه بحصته منه اي من الثمن لانه وكيل له وادى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه وان نقد من مال مشترك لم يرجع عليه وان اختلفا بان ادعى انه اشترى عبدا للشركة وهلك

فعليه البينة لانه يدعي عليه حق الرجوع وهو ينكر فالقول قوله قال رحمه الله وتبطل بهلاك
المالين او احدهما قبل الشرا لان الشركة عقد جائز وليس بلازم فيكون لبقائه حكم الابتدا ولان النقود
تتعين فيها كما في الهبة والوصية فكانت معقودا عليها فتبطل بالهلاك كما في هلاك المبيع قبل القبض فاذا
هلك هلك من مال صاحبه لانه باق على ملكه بعد العقد فلا يجب عليه ضمان ما له ان هلك في يده
وان هلك في يد صاحبه فهو امين فلا يضمن وان هلك بعضه بعد الخلط بقي باقيا على الشركة وان
هلك كله تبطل الشركة لما ذكرنا ان النقود تتعين فيها بخلاف المضاربة والوكالة المفردة حيث لا
تبطلان بهلاك النقود التي ورد عليها العقد قبل القبض وان هلكت بعد القبض قبل الشرا تبطل المضاربة
والوكالة لانها تتعين بالقبض لا بالعقد قال وان اشترى احدهما بماله وهلك مال الاخر فالمشترى
بينهما يعني على ما شرطا لان الشركة كانت قائمة وقت الشرا فوقع الملك مشتركا بينهما فلا يتغير بهلاك
مال الاخر ثم الشركة شركة ملك عند الحسن بن زياد فلا يجوز لكل واحد منهما ان يتصرف الا في نصيبه
لان شركة العقد بطلت بهلاك احد المالين وعند محمد شركة عقد حتى يجوز لكل واحد منهما
التصرف فيه لانه حين وقع وقع مشتركا بينهما شركة عقد فلا يبطل بالهلاك بعد تقرره كما لو
اشتريا بمالهما ثم هلكا المالان قبل النقد قال ويرجع على شريكه بحصته منه اي من الثمن لانه وكيل
في حصة شريكه وقد قضى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه لعدم الرضا بدون ضمانه هذا اذا
هلك احد المالين بعد شرا احدهما فلو هلك قبل الشرا ثم اشترى الاخر بماله ينظر فان كانا صرحا
بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان عقد الشركة ان بطلت بالهلاك
فالوكالة المصرح بها باقية فكان المشترى مشتركا بينهما بحكم الوكالة المفردة ويرجع عليه بحصته
من الثمن لما ذكرنا وان ذكرا مجرد الشركة ولم يذكرا في عقد الشركة الوكالة فالمشترى يكون
للمشترى خاصة لان دخوله في ملكه بحكم الوكالة التي هي في ضمن الشركة وقد بطلت الشركة فتبطل
ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرحا بها لانها صارت مقصودة واطلق في بعض النسخ ان يكون مشتركا
بينهما وفي بعضها اطلق انه لا يكون مشتركا فالاول محمول على ما اذا نصا على الوكالة والثاني
على ما اذا لم ينصا عليها قال وتفسد ان شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب
انقطاع الشركة في بعض الوجوه فلعله لا يخرج الا القدر المسمى لاحدهما من الربح ونظيره المزارعة
عند من يجيزها قال ولكل من شريكي العنان والمفاوضة ان يبضع لانه معتاد بين التجار
ولان له ان يستاجر من يعمل فيه فبغير اجر اولى لانه دونه لعدم المؤنة فيه قال ويستاجر
اي لتصرف فيه او ليحفظ المال لانه معتاد بين التجار ولانه قد يتعذر عليه مباشرة الكل بنفسه فلا
بد له منه قال ويودع لانه اقامة الحافظ في المال فاذا كان له ان يستحفظ باجر فبغير اجر اولى
قال ويضارب لانه بالدفع الى المضارب يصير المضارب مودعا وبالتصرف وكيلا وبالربح اجيرا
والشركة ضرورية حيث تضمن استحقاق الاجر من الربح مشاعا فله ان يفعل هذه الاشيا كلها
على الانفراد فكذا على الاجتماع ولانها استيجار ببعض الخارج من العمل فاذا كان له ان يستاجر بشي في
الذمة فلان يجوز هذا اولى وعن ابي حنيفة انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول اصح وهو

رواية الاصل لان الشركة فيه غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح فصار كما اذا استاجر
ليتجر فيه بل اولى على ما بينا بخلاف الشركة لان الشي لا يتضمن مثله والمضاربة دون الشركة
فتضمنها والدليل على انعقادها انها ان المضارب ليس عليه شي من الوضيعة وانه اذا فسدت لا
يستحق شيا من الربح ولا يلزم على هذا المكاتب والماذون له في التجارة حيث يجوز للمكاتب ان يكاتب
وللماذون له ان ياذن وان كانا مثلهما لانا نقول اطلق لهما الاكتساب وهذا من بابه الا ترى
انه يجوز لهما البيع وهذا دونه اذ لا يخرج في الاول من ملكه اصلا وفي الكتابة حتى يقبض الثمن
وهو بدل الكتابة ولان المنع عن استتباع المثل في حق الغير واما في حق نفسه فلا يمنع والمكاتب او
الماذون له متصرف لنفسه بعد فك الحجر فلا يمنع من ذلك بخلاف الوكيل والمضارب والشريك
قال ويوكل لانه متعارف بينهم وهو دون الشركة ولانه لما كان له ان يستاجر من يحفظ المال
ومن يتجر فيه فاولى ان يوكل لانه دون الاستيجار قال ويده في المال امانة لانه قبضه
باذن صاحبه لا على وجه المبادلة والوثيقة فصار كالوديعة والعارية قال وتقبل
ان اشترك خياطان او خياط وصباغ على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما اي شركة التقبل
تقبل اي شركة تقبل على حذف المضاف وتسمى شركة الصنائع وشركة الاعمال وهذه الشركة جائزة
عندنا وقال الشافعي وهو احدى الروايتين عن زفر لان الشركة في الربح تنبني على الشركة في
راس المال على اصلهما ولا مال لهما فيعتبر بتصور الثمر بدون الاصل ولنا ان المقصود تحصيل المال
بالتوكيل وهذا مما يقبل التوكيل فيجوز الا ترى انه لو وكله يتقبل الاعمال من غير ان يكون للعاقد فيه
شركة يجوز فكذا اذا كان له فيه شركة كالشرا وهذا لان الشريك قد يستحق الربح بالعمل كما يستحقه
بالمال كالمضارب ورب المال وقد يستحقانه بالمال فقط على ما ذكرنا فكذا وجب ان يستحقاه
بالعمل فقط ويكون هذا عقد شركة لا اجارة ولهذا لا يحتاج فيه الى بيان المدة بل يجوز مطلقا
كالمضاربة ولا يشترط فيه اتحاد جنس العمل واليه اشار في الكتاب بقوله او خياط وصباغ وكذا لا
يشترط فيه اتحاد المكان خلافا لزفر ومالك فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو امكان التحصيل
بالتوكيل لا يختلف باختلافهما قال وكل عمل يتقبله احدهما يلزمهما لانه لا يتقبله لنفسه بالاصالة
ولشريكه بالوكالة فيجب عليهما فيطالب كل واحد منهما بالعمل ويطالبان بالاجر ويبرا ان يعمل احدهما
ويبرا المستعمل بدفع الاجرة الى احدهما وهذا ظاهر في المفاوضة وفي العنان استحسان والقياس
ان لا يلزم ولا يطالب غير المتقبل لانه مقتضى الكفالة والكفالة بعث مقتضى المفاوضة وجه
الاستحسان ان العمل هنا كالثمن في الشركة في المال فكما يرجع على شريكه هناك بالثمن فكذا يرجع عليه
هنا بالعمل ولا يمكن ذلك الا بقبل العمل لانه لو اخره الى ما بعده لسقط حقه في الرجوع اذ لا يمكن
ضمان العمل بعد الفراغ منه بخلاف الثمن فلهذا المعنى استوى في هذه الشركة حكم العنان والمفاوضة
في الضمان وهذا لان الربح يستحق اما بالمال او بالعمل ولا مال لهما فتعين العمل ولا وجه لضمان
العمل الا على هذا الوجه قال وكسب احدهما بينهما يعني اذا عمل احدهما دون الاخر كانت الاجرة
بينهما على ما شرطا اما استحقاق العامل فظاهر واما الاخر فلانه لزمه العمل بالتقبل فيكون ضامنا

له فيستحقه بالضمان وهو لزوم العمل ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز والقياس ان لا
يجوز لان الخراج بالضمان فالزيادة على ما ضمن من العمل ربح ما لم يضمن فوجب ان لا يجوز كشركة
الوجوه وجه الاستحسان ان العمل لا يتقوم الا بالعقد او شبهة العقد فللانسان ان يقوم عمله
بما شاء فاذا قوما عمل احدهما بشيء وعمل الآخر بانقص منه او ازيد لا يمتنع كثمن العين فيكون ما يأخذه
من الاجرة بدل عمله ابتداء لا ربحا لان الربح يكون عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان العمل غير المال
بخلاف شركة الوجوه لان ما لزم كل واحد منهما من الثمن متقوم وكذا المشترى متقوم فيستحقان
من الربح بقدر ما ضمنا **قال** والوجوه ان يشتركا بلا مال على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا اي هذه
شركة وجوه يعني شركة العقد شركة وجوه وتفسيره ما بينه لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له
وجاهة عند الناس وقيل لانهما يشتريان من الوجه الذي لا يعرف وقيل لانهما اذا جلسا لتدبير
امرهما ينظر كل واحد منهما الى وجه صاحبه ويكون هذا النوع من الشركة عنانا ومفاوضة كشركة
التقبل واذا نصا على المفاوضة او ذكرا جميع ما يقتضيه المفاوضة واجتمعت فيهما شرائطها صارت
مفاوضة فيهما والا فعنان وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا النوع من الشركة لان خلط المال
شرط عنده فلا يجوز بغير مال وعندنا يجوز لان المقصود من الشركة يحصل بالوكالة وقد امكن
لان الشرا والبيع مما يقبل الوكالة على ما بينا في شركة التقبل ويكون كل واحد منهما وكيل الآخر فيما
يشتريه لانه لا ولاية له على صاحبه الا به **قال** ويتضمن الوكالة لانه لا بد للتمكن من التحصيل
لصاحبه اذ لا ولاية له عليه ولهذا تضمنها جميع انواع شركة العقود ويتضمن الكفالة ايضا مع ذلك
اذا كانت مفاوضة لما بينا في اول الكتاب **قال** وان شرطا مناصفة المشترى او مثالثته فالربح
كذلك ويبطل شرط التفاضل لان الربح لا يستحق الا بالعمل كالمضارب او بالمال كرب المال او بالضمان
كالاستاذ الذي يتقبل العمل من الناس ويلقيه على التلميذ باقل مما اخذ فيطيب له الفضل بالضمان
ولا يستحق بغيرها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي بعض ربحه لا يستحق شيئا
لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان بقدر الملك في المشترى
فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن وهو غير جائز وفي المضاربة جاز على خلاف القياس وشركة
الوجوه ليست في معناها اذ لا يعمل في مال معين وتعيين المال هو المجوز للمضاربة الا ترى ان المال
لما تعين في شركة الوجوه جاز ايضا اشتراط التفاضل بشرط العمل على ما بينا من قبل

فصل

قال لا تصح شركة في احتطاب واصطياد واستقاء وكذا في اخذ كل مباح
كالاحتشاش واجتناء الثمار من الجبال لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل ولا
يمكن تحقق هذا المعنى هنا لان الموكل لم يملكه فلا يملك اقامة غيره مقامه ولان المباح لمن اخذه فلا
يملك ايقاع الحكم فيه لغيره قال والكسب للعامل لما ذكرنا **قال** وعليه اجر مثل الآخر لانه استوفى
منفعة غيره بعقد فاسد فيجب عليه اجر مثله حتى لو اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية ليستقيا
عليهما الماء فما استقيا فهو له ويجب عليه اجر مثل الآخر بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف
لا يجاوز به المسمى واصله ان الاجارة اذا فسدت يجب اجر المثل ثم ان كان المسمى معلوما لا يزاد

اجر المثل على المسمى وان كان مجهولا كما اذا جعل الاجرة دابة او ثوبا او استأجر دارا او حماما على ان
العمارة على المستأجر يجب بالغا ما بلغ اذ لا يمكن تحديده بشيء ولم يتم رضاه بشيء وان كان معلوما من وجه
دون وجه كالجزء الشائع مثل النصف والربع ونحو ذلك فعند محمد يجب بالغا ما بلغ لان النصف
مجهول لانه يتجزأ بكثرة ما يحصل ويقل بقلته فلا يتم رضاه الا بشيء مقدر وعندهما لا يزاد على المسمى
لانه معلوم من كل وجه ما يحصل بعمله فتم رضاه به واكثر ما يقع هذا في المضاربة والمزارعة فمحمد
مال الى كونه مجهولا وهما الى كونه معلوما فاذا كان المباح فيما يجري فيه لمن اخذه يجب عليه للآخر اجر
المثل على ما ذكرنا وان اخذاه معا يكون مشتركا بينهما ثم ان علم ما اخذه كل واحد منهما بالكيل او الوزن
في المكيل والموزون مثل الثمرة ونحوها او بالعدد في العددي فلا كلام فيه وان لم يعلم يدعي كل
منهما يصدق الى النصف ولا يصدق فيما زاد على ذلك لانهما استويا في الكسب وفي كونه في ايديهما فكان في
يد كل واحد منهما النصف ظاهرا فلا يصدق فيما زاد عليه الا ببينة **قال** والربح في الشركة
الفاسدة بقدر المال وان شرط الفضل لان الاصل ان الربح تبع للمال كالريع وانما عدل عنه عند
صحة التسمية ولم تصح فيبطل شرط التفاضل لان استحقاقه بالعقد فيكون فيه تقرير الفساد وهو
واجب الرفع **قال** وتبطل الشركة بموت احدهما ولو حكما اي ولو كان الموت حكما بان ارتد احدهما
ولحق بدار الحرب وحكم بلحاقه لان الشركة من العقود الجائزة فيكون لكل واحد منهما فسخها ابدا ولانها
لا بد لها من الوكالة ولا بد منها لتحقق المقصود وهو الشركة في المشترى على ما مر والوكالة
تبطل بالموت واللحاق على ما عرف في موضعه ولا فرق بين ان يعلم موت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي فاذا
بطلت الوكالة بطلت الشركة يعني شركة العقد لعدم الفائدة فلا يشترط علمه لثبوته ضمنا بخلاف
ما اذا فسخ احدهما الشركة في حال حياته حيث يكون له الفسخ فيها بان كان المال دراهم او دنانير حيث
يتوقف على علم الآخر لكونه عزلا قصديا **قال** ولم يزك مال الآخر اي لا يزكي كل واحد منهما نصيب
صاحبه لانه لم يأذن له فيها لان الاذن بينهما وقع في التجارة والزكاة ليست منها **قال**
فان اذن كل اي اذن كل واحد منهما لصاحبه باداء الزكاة عنه وأديا معا ضمنا ولو متعاقبا ضمن
الثاني اي لو اديا متعاقبا ضمن الثاني علم باداء صاحبه او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان علم
يضمن والا فلا كذا اشار في كتاب الزكاة وفي الزيادات لا يضمن علم باداء شريكه او لم يعلم وهو الصحيح
عندهما وعلى هذا الخلاف الوكيل باداء الزكاة او الكفارات اذا ادى الآمر بنفسه مع المأمور او قبله
او اعتق لهما انه مأمور بالاداء وقد اتى به وليس في وسعه ايقاعه زكاة او كفارة لتعلقه بنية
الآمر فصار كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبحه بعدما زال الاحصار وحج الآمر وله انه اتى
بغير المأمور به لان المأمور به اسقاط الفرض عنه ولم يسقط به الفرض اذ لا يلتزم الضرر الا لدفع
الضرر عن نفسه فصار مخالفا فيضمن علم او لم يعلم اذ هو صار معزولا باداء الآمر وهو حكمي فلا يشترط
فيه علمه بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث لا يضمن بقضائه بعد علمه بعد قضاء الآمر لانه لم يخالف
لان المأمور به جعل المقبوض مضمونا على القابض وقد وجد لان الديون تقضى بامثالها
فامكنه الرجوع على القابض بعد الهلاك وبخلاف دم الاحصار لانه ليس بواجب عليه فانه يمكنه

ان يصبر حتى يزول فيحلل بافعال النسك وكذا له ان لا يحلل بعد الذبح بل يتحلل باداء النسك وقد اتى به
على الوجه المامور به كيف ما كان فلا يضمن وقيل هو على الخلاف ايضا فلا يرد اشكالا قال وان
اذن احد المتفاوضين لشراء امة ليطأها ففعل فهي له بلا شيء وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليه
بنصف الثمن لان الملك وقع له خاصة حتى حل له وطؤها والثمن بمقابلة الملك فيكون عليه خاصة وقد
قضاه من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بحصته كما في ثمن الطعام والكسوة وله ان الجارية دخلت في
ملكهما جريا على مقتضى الشركة اذ لا يملكان تغييره ثم الاذن يتضمن هبة نصيبه لان الوطء لا يحل الا بالملك
فصار كما اذا اشترياها ثم قال احدهما للآخر اقبضها لك كانت هبة وكما اذا قال لشخص اد عني الزكاة فادى
عنه كان تمليكا منه في ضمن قبض الفقير بخلاف طعام الاهل وكسوتهم لان ذلك مستثنى عن الشركة
للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان موديا دينا عليه من مال الشركة ولا ضرورة في مسئلتنا
فلا يستثنى فيدخل في ملكهما فيكون قاضيا دينا عليهما وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء على العقد لما بينا
في الطعام والكسوة والله اعلم

كتاب الوقف

الوقف في الاصل مصدر وقفه اذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى ومنه وقف
عقاره على كذا اي حبسه عليه وسمي به المفعول مبالغة كقولهم نسج اليمن وضرب الامير للمنسوج والمضروب
قال رحمه الله هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وهذا في الشرع وهو عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما حبس العين على ملك الله تعالى قال والملك يزول بالقضاء لا الى مالك
اي بقضاء القاضي لانه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يزول من غير
قضاء واصل الخلاف ان الوقف لا يجوز عند ابي حنيفة اصلا وهو المذكور في الاصل وقيل يجوز عنده
الا انه لا يلزم بمنزلة العارية حتى يرجع فيه اي وقت شاء ويورث عنه اذا مات وهو الاصح وعندهما
يجوز ويزول ملك الواقف عنه غير انه عند ابي يوسف يزول بمجرد القول وعند محمد لا يزول حتى
يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه لهما ما روي عن ابن عمر ان عمر رضي الله عنهما اصاب ارضا من ارض
خيبر فقال يا رسول الله اصبت ارضا بخيبر لم اصب مالا قط انفس عندي منه فما تامرني فقال ان شئت
حبست اصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر على ان لا تباع ولا توهب ولا تورث في الفقراء وذوي القربى
والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها ان ياكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول رواه احمد
والبخاري ومسلم وغيرهم وقال عليه السلام اذا مات الانسان انقطع عمله الا من ثلاثة اشياء
صدقة جارية او علم ينتفع به او ولد صالح له رواه احمد ومسلم وابو داود وغيرهم ولان الصحابة
والتابعين ومن بعدهم الى يومنا هذا قد تعاملوه فكان اجماعا ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم
الوقف ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع هذه الحاجة باسقاط الملك وجعله لله تعالى
كما في المسجد ويخرج عن ملكه كما يخرج المسجد فاذا ثبت هذا فقال ابو يوسف يزول عن ملكه بمجرد
القول لانه اسقاط ملك لله تعالى فصار كالعتق وقال محمد لا يزول حتى يسلمه الى المتولي لانه صدقة
فيكون التسليم من شرطه كالصدقة المنفذة ولان التمليك من الله تعالى لا يتحقق قصدا لانه مالك للاشياء
ولكنه يثبت في ضمن التسليم الى العبد كما في الزكاة وغيرها من الصدقات المنفذة ولابي حنيفة رحمه الله

قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله وقال شريح جاء محمد ببيع الحبس ولان الملك فيه باق لان
غرضه التصدق بغلته وهو لا يتصور الا اذا بقي الاصل على ملكه ويدل عليه قوله عليه السلام لعمر
فيما رواه النسائي وابن ماجة احبس اصلها وسبل ثمرتها اي احبسه على ملكك وتصدق بثمرتها
والا لكان مسيبا لا حبيسا وهذا لان خروج الملك لا الى مالك غير مشروع الا ترى ان الله تعالى نهانا
عن السائبة وهي التي يسيبها مالكها ويخرجها عن ملكه بزعمهم ولا يتناول منها الا الفقير او الضيف
بخلاف الاعتاق او المسجد لانه تحرير عن حق العبد حتى لا يجوز له ان ينتفع به وهذا لا ينقطع عنه حق
العبد حتى كان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفه ونصب القيم ولانه تصدق بالغلة
او بالمنفعة المعدومة وهو غير جائز الا في الوصية وما رواه ما يدل على لزومه ولهذا اراد عمر
ان يفسخ ذلك بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم ثم ذكر انه يفسخ ما كان عنه ومن رسول الله صلى الله
عليه وسلم فتركه ذكره الطحاوي ولو كان لازما لما حل له ان يفسخ الا انه اذا حكم به حاكم يرى لزومه
لزم لانه فصل مجتهد فيه كسائر المجتهدات وطريق الحكم فيه ان يسلم الوقف الى المتولي ثم يرجع فيه
الواقف بحكم انه غير لازم فاختصما الى الحاكم وحكم بانقطاع ملكه عن الوقف لزم بالاجماع لما
ذكرنا هذا اذا حكم به المتولي واما المحكم فلا يلزم بحكمه في الصحيح لان للقاضي ان ينقض حكمه على ما
عرف في موضعه ولو علق الوقف بموته بان قال اذا مت فقد وقفت داري على كذا ثم مات صح ولزم
اذا خرج من الثلث لان الوصية بالمعدوم جائزة كالوصية بالمنافع ويكون ملك الميت باقيا
فيه حكما فيتصدق عنه دائما وان لم يخرج من الثلث يجوز بقدر الثلث ويبقى الباقي الى ان
يظهر له مال اخر او يجيز الورثة فان لم يظهر له مال ولم يجز الورثة يقسم الغلة بينهم اثلاثا
ثلثه للوقف والثلثان للورثة ولو علقه بالموت وهو مريض مرض الموت فكذلك الحكم لان
الوصية لا تختلف بين ان تكون في الصحة او في المرض وان نجز الوقف في المرض فهو بمنزلة
المعلق بالموت فيما ذكره الطحاوي والصحيح انه بمنزلة المنجز في الصحة عند ابي حنيفة فلا يلزم
وعندهما يلزم من الثلث لان حق الورثة تعلق بماله فلا ينفذ الا من الثلث بخلاف ما اذا وقف
في الصحة قال ولا يتم حتى يقبض اي حتى يقبض المتولي وفيه خلاف ابي يوسف وقد ذكرناه
قال ويفرز اي لا يجوز حتى يفرز يحترز به من المشاع فانه لا يجوز وقفه وعند ابي يوسف يجوز
لان القسمة من تتمة القبض واصل القبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وانما كان كذلك
لان الوقف عنده اسقاط الملك كالاعتاق والشيوع لا يمنعه كما لا يمنع الاعتاق واما
عند محمد لا يتم الوقف مع الشيوع فيما يحتمل القسمة لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم
به القبض كالصدقة المنفذة واما ما لا يحتمل القسمة كالحمام ونحوه فلا يضره الشيوع
كالصدقة والهبة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع مطلقا بالاجماع لان بقاء
الشركة فيه يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهايأة فيهما من اقبح ما يكون بان يدفن فيه الموتى
سنة ويزرع سنة ويصلى في المسجد في وقت ويجعل اصطبلا في وقت بخلاف الوقف فانه يمكن
الاستغلال وقسمة الغلة فلا يمنع صحة الوقف فيما لا يحتمل القسمة عند محمد ولا فيما يحتمله

ايضا عند ابي يوسف ولو استحق بعض الوقف شائعا بطل في الكل عند محمد لانه تبين ان الوقف
كان شائعا فيعود الكل اليه او الى ورثته بخلاف ما اذا وقف في مرضه ثم مات ولم يخرج من الثلث
ورجعت الورثة في البعض شائعا او رجع هو في الهبة لان للحديث لا يبطل الوقف ولا الهبة لان
الشيوع طار بعد صحته في الكل لعدم الشيوع وقت التصرف والمقارن لا يعد مقارنا فلا يضره ولو استحق
جزء معين لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء بدون ذلك الجزء وعلى هذا الهبة والصدقة
المنفذة ولو وقف رجلان ارضا بينهما معا او متعاقبا جاز اذا سلماه معا وان اختلفت الجهة لان
وقت القبض هو المعتبر ولا شيوع حينئذ كما في الصدقة واختلاف الجهة لا يضر كاختلاف الجهة في
الهدي **قال** ويجعل اخره لجهة لا تنقطع اي لا يجوز الوقف حتى يجعل اخره لجهة لا تنقطع وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم
لهما ان حكم الوقف زوال الملك بغير التمليك وانه بالتابيد كالعتق ولهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت
في البيع ولابي يوسف ان المقصود منه هو التقرب الى الله تعالى به وذلك يحصل بجهة تنقطع كما
يحصل بجهة لا تنقطع ثم يصير بعدها للفقراء وهذا يدل على ان التابيد شرط عنده ايضا الا انه لا
يشترط ذكره لان مطلقه ينصرف اليه ومحمد يقول لا ينصرف اليه الا بالتصريح بذكره لان المطلق يحتمل
التوقيت وفي المحيط لو قال ارضي هذه صدقة موقوفة او محرمة او محبوسة ولم يذكر التابيد يصح
الوقف عند الكل الا عند ابي يوسف بن خالد السمتي البصري وهو تلميذ ابي حنيفة فان ذكر التابيد
عنده شرط لصحة الوقف والصحيح انه ليس بشرط وذكر ان لفظ الصدقة ونحوها في هذه الصورة
تدل على انه اراد به الفقراء دون الورثة وفيه في موضع اخر لو قال ارضي هذه موقوفة على فلان
او على ولدي ونحوه جاز الوقف عندهما والغلة له ما دام حيا وبعده للفقراء لانه لما نص على الصدقة
وهي لا تكون الا للفقراء انصرف اليهم وذكر فلان لتخصيصه بالبداية بالغلة ما دام حيا وجعل
الخلاف المذكور بينهم فيما اذا لم يذكر لفظ الصدقة بان قال هي موقوفة على فلان او ولدي او قرابتي
ونحو ذلك واما اذا ذكر لفظ الصدقة فلا خلاف بينهم وابو يوسف كان يضيق في امر الوقف غاية
التضييق اولا مثل ابي حنيفة ثم رجع ووسع غاية التوسعة حتى لم يشترط القبض والافراز ومحمد توسط
بينهما وبهذا افتى به عامتهم **قال** رحمه الله وصح وقف العقار ببقره واكرته والقياس لا يجوز
لان التابيد من شرطه ووجه الاستحسان انه تابع للارض يحصل بما هو المقصود وكم من شيء
يثبت تبعا ولهذا دخل البناء في وقف الارض وعلى هذا الشرب الات الحراثة **قال** ومشاع قضي
بجوازه اي يجوز الوقف فيه لان قضاء القاضي يقطع الخلاف في المجتهدات على ما بيناه من قبل
قال ومنقول فيه تعامل كالكراع والحف والسلاح والفاس والمر والقدور والقدوم
والمنشار والجنازة وثيابها والمصاحف وغير ذلك مما تعورف وفيها وعند ابي يوسف لا يجوز
الا في الكراع والسلاح والقياس لا يجوز في المنقول اصلا الا ان ابا يوسف ترك ذلك بالنص
وهو ما روي عن ابي هريرة رضي الله عنه انه عليه السلام قال من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا
واحتسابا فان شبعه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة حسنات رواه احمد والبخاري

وقد صح انه عليه السلام قال في حق خالد قد حبس ادراعه واعتاده في سبيل الله تعالى والقياس
يترك بالنص ومحمد رحمه الله تركه بالتعامل لان القياس يترك به كما في الاستصناع وفي الاشياء
التي عددناها من حيث انها جرى التعامل وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف من حيث انها
تمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار اخذوا بقول محمد والثياب والحيوان وقف ما
يجوز بيعه ويمكن الانتفاع به مع بقاء عينه قياسا على الكراع والسلاح قلنا الاصل عدم جواز الوقف
فيقتصر على مورد الشرع وهو العقار والكراع والسلاح فبقي ما وراءه على الاصل والقياس الا ما جرى
التعامل فيه فصار كالدراهم والدنانير ويجوز الوقف على تجهيز الجيش بالكراع والسلاح والنفقة
في سبيل الله وتجوز وقف الارض ما كان خلافا في البيع من الاشجار والبناء دون الزرع والثمار
قال ولا يملك الوقف ولا يقسم وان وقف على اولاده لانه لا حق للموقوف عليهم في العين وانما
حقهم في الغلة ولان المقصود من الوقف ان يبقى على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالغلة والتمليك
والقسمة من مستحقي الوقف ينافيان ذلك فلا يجوز **قال** ويبدا من غلته بعمارته بلا شرط
لان قصد الواقف صرف الغلة دائما ولا تبقى دائما الا بالعمارة فتثبت اقتضاء من غير شرط **قال**
ولو دارا فعمارته على من له السكنى اي لو وقف دارا على سكنى شخص بعينه فان العمارة عليه لانه هو
المنتفع بها والغرم بالغنم فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بالمنفعة **قال**
رحمه الله ولو ابى او عجز عمر الحاكم باجرتها لان فيه ابقاء الوقف على ما قصده الواقف فاذا عمرها ردها
الى من له السكنى رعاية لحقه ولا يجبر الممتنع على العمارة لان فيه اتلاف ماله فصار كصاحب
البذر في المزارعة ولا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لاحتمال ان الامتناع لعدم الرضا
بصرف ماله الى العمارة فلا يحمل على الرضا ببطلان حقه بالشك ولا تصح اجارة من له السكنى
لانه غير ناظر ولا مالك لكن الحاكم يؤجرها له او لغيره فيعمرها باجرتها بعد ردها على الصفة التي
وقفها الواقف ولا يزيد على ذلك الا برضا من له السكنى لانها بصفتها صارت مستحقة له فترد
الى ما كانت وان كانت وقفا على الفقراء فكذلك في رواية حتى لا يزيد على ما كانت وفي رواية يجوز
والاول اصح **قال** ويصرف نقضه الى عمارته ان احتاج والا حفظه للاحتياج اي الى الاحتياج
لانه لا بد من العمارة والا فلا يحصل صرف الغلة الى المصرف على التابيد فيبطل غرض الواقف فيصرفه
للحال ان احتاج اليه والا يمسكه حتى يحتاج اليه كيلا يتعذر عليه اوان الحاجة **قال** ولا يقسمه
بين مستحقي الوقف اي لا يقسم النقض بينهم لانهم ليس لهم حق في العين ولا في جزء منه وانما حقهم في المنافع
فلا يصرف اليهم غير حقهم وان تعذر اعادة عينه بيع وصرف ثمنه الى العمارة لان البدل يقوم مقام
المبدل فيصرف مصرف المبدل **قال** وان جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه
صح اما الاول وهو ما اذا جعل غلة الوقف لنفسه فالمذكور هنا قول ابي يوسف وعند محمد لا يجوز
لابي يوسف ما روي انه عليه السلام كان ياكل من وقفه ولا يحل ذلك الا بالشرط فدل ذلك على
جوازه ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما عرف من اصلهما فاذا شرط
البعض او الكل لنفسه فقد شرط ما صار لله تعالى لنفسه وهو جائز لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه

نصا ونظيره ما اذا بنى خانا او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه
ولان مقصوده القربة وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة المرء على نفسه صدقة
وجه قول محمد ان التقرب بازالة الملك واشتراط الغلة او بعضها لنفسه يمنع ذلك فصار كالا
لصدقة المنفذة وقال الفقيه ابو جعفر ليس في هذا عن محمد رواية ظاهرة الا شيء ذكره في الوقف
فقال اذا وقف على امهات اولاده جاز فقال هو الوقف على امهات اولاده بمنزلة الوقف على نفسه
لان ما يكون لام الولد حال حياة المولى يكون للمولى وقيل انه في الصحيح على الخلاف في الهداية وهو
ظاهر ويجوز لهن بالاتفاق لانهن يعتقن بموته فيصرن اجنبيات فيصير اشتراطه لهن كاشتراطه
للاجنبي ثم في حال حياته يجوز ايضا تبعا لما بعد مماته وعلى هذا الخلاف لو شرط الواقف ان يستبدل
به ارضا اخرى اذا شاء ويكون وقفا مكانه او شرط الواقف الخيار لنفسه ثلثة ايام وهو مبني على
ما ذكرنا من ان التقرب بازالة الملك واشتراط ما ذكر يمنع منه عند محمد خلافا له بخلاف ما اذا
شرط ان يكون له ان يبيعه او يتصدق به حيث لا يجوز الوقف اصلا وكذا اذا شرط الخيار وهو مجهول
في رواية وفي رواية يجوز الوقف ويبطل الشرط واما الثاني وهو فصل اشتراط الولاية لنفسه
فجائز بالاجماع لان شرط الواقف معتبر فيراعى كالنصوص غير ان عند محمد يسلمه ثم يكون له الولاية
لان التسليم شرط عنده وان لم يشترطها لاحد فالولاية له عند ابي يوسف وعند محمد لا يكون له الولاية
لانه لما ترك الشرط في ابتداء الوقف خرج الامر من يده فصار اجنبيا عنه ولابي يوسف ان المتولي
انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيد منه ولانه
اقرب الناس اليه فيكون اولى بولايته كمن بنى مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب القيم فيه وكمن اعتق
عبدا كان له الولاء لانه اقرب الناس اليه وذكر هلال في وقفه فقال اقوام ان شرط الواقف
الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لا يكون له ولاية يعني بعض المشايخ قالوا ذلك قال مشايخنا
رحمهم الله الاشبه ان يكون هذا قول محمد وقد بيناه ولا يقال كيف هذا قول محمد والتسليم شرط
عنده على ما بينا لانا نقول هذا لا ينافي التسليم لانه يمكن ان يسلمه اليه ثم ياخذه منه وذكر في النهاية
انه يحتمل ان يسقط التسليم عنده اذا شرط الولاية لنفسه لان شرطه يراعى **قال** وينزع لو كان خائنا
كالوصي وان شرط ان لا ينزع معناه ان الواقف لو شرط الولاية لنفسه وكان هو غير مامون على الوقف
فللقاضي ان ينزعها منه ولو شرط الواقف ان ليس للقاضي ولا للسلطان نزعه لانه شرط مخالف لحكم
الشرع فيبطل ونظير هذا الوصي اذا كان غير مامون ينزع منه على ما بينا ◦

فصل

قال ومن بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه وياذن بالصلاة فيه واذا صلى
فيه واحد زال ملكه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به لانه ما دام
حق العبد متعلقا به لم يخلص لله تعالى واما الصلاة فيه فلانه لا بد من التسليم عند ابي حنيفة ومحمد فاذا
تعذر يقام تحقق المقصود مقامه او يشترط فيه تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه ولا يشترط فيه
قضاء القاضي ولا التعليق بالموت عند ابي حنيفة لحصول المقصود به بخلاف الوقف لان المقصود من الوقف
ان يتصدق بالغلة وتحبس الاصل ولفظه ينبئ عن ذلك والتصدق بالمعدوم لا يجوز الا في الوصية

ملزم

قاله

جوزه

فيجب تعليقه بالموت ليكون وصية به او حكم الحاكم في موضع الاجتهاد وكذا اسقط التسليم الى القيم عند
محمد لما ذكرنا ولا يجوز في المشاع عند ابي يوسف لما بينا فصار المسجد مخالفا للوقف عنده ثم يكتفى
بصلاة الواحد في رواية عن ابي حنيفة ومحمد لان فعل الجنس كله متعذر فيشترط ادناه وعنهما انه يشترط
الصلاة بجماعة جهرا باذان واقامة حتى لو كان سرا بان كان بلا اذان ولا اقامة لا يصير مسجدا ولو جعل
له اماما ومؤذنا وهو رجل واحد فصلى فيه باذان واقامة صار مسجدا اتفاقا لان اداء الصلاة على هذا
الوجه كالجماعة الا ترى ان المؤذن لو صلى في المسجد على هذه الهيئة ليس لمن يجيء بعده ان يصلي بالجماعة في
ذلك المسجد وهذه الرواية هي الصحيحة لان المساجد تبنى لاقامة الصلوات فيها بالجماعة فلا يصير
مسجدا قبل حصول هذا المقصود ولو سلم المسجد الى متوليه ليقوم بمصالحه فالاصح انه يجوز لان
المسجد قد يكون له خادم يكنس ويغلق الباب ونحوه وقال ابو يوسف رحمه الله يزول ملكه بقوله
جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط
حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل واذا صار مسجدا على اختلافهم زال ملكه عنه وحرم
بيعه فلا يورث وليس له الرجوع فيه لانه صار لله تعالى بقوله تعالى وان المساجد لله ولا رجوع فيما
صار لله تعالى كالصدقة **قال** ومن جعل مسجدا تحته سرداب او فوقه بيت وجعل بابه الى
الطريق وعزله او اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فله بيعه ويورث عنه لانه لم
يخلص لله لبقاء حق العبد فيه والمسجد لا يكون الا خالصا لله تعالى لما تلونا ومع بقاء حق العبد في اسفله
او في اعلاه او في جوانبه محيطا به لا يتحقق الخلوص كله اما اذا كان السفل مسجدا فلان لصاحب العلو
حقا في السفل حتى لا يكون لصاحب السفل ان يحدث فيه شيئا من غير رضا صاحب العلو واما اذا جعل
العلو مسجدا فلان ارض العلو ملك لصاحب السفل وليس له من التصرفات من غير رضا صاحب السفل
كالبناء وغيره بخلاف مسجد بيت المقدس فان السرداب فيه ليس بمملوك لاحد بل هو لمصالح المسجد حتى
لو كان غيره مثله نقول بانه صار مسجدا واما اذا اتخذ وسط داره مسجدا فلان ملكه محيط بجوانبه فكان
له حق المنع من الدخول والمسجد من شرطه ان لا يكون لاحد فيه حق المنع قال الله تعالى ومن اظلم ممن منع
مساجد الله ان يذكر فيها اسمه ولانه لم يفرزه حين ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى حتى لو عزل بابه
الى الطريق الاعظم صار مسجدا وروى الحسن عن ابي حنيفة انه جاز ان يكون الاسفل مسجدا والاعلى
ملكا لان الاسفل اصل وهو يتابد ولم يجز عكسه لان المسجد معظم ولا تعظيم اذا كان فوقه مستغل او
مسكن بخلاف العكس وعن ابي يوسف انه اجاز الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق الاماكن وروي
عن محمد مثله حين قدم الري وعن ابي يوسف ومحمد انه لو اتخذ وسط داره مسجدا صار مسجدا وان لم
يعزل بابه الى الطريق لانه لما رضي كونه مسجدا ولا مسجد الا بالطريق دخل فيه الطريق ضرورة كما
يدخل في الاجارة من غير ذكر باعتبار انه لا يمكنه الانتفاع الا بالطريق والانتفاع هو المقصود فيها
ولو اتخذ ارضه مسجدا ليس له الرجوع فيه ولا بيعه وكذا لا يورث عنه لتحرره لله تعالى بخلاف الوقف
عند ابي حنيفة حيث يرجع فيه ما لم يحكم به الحاكم والفرق ما بيناه ولو خرب ما حول المسجد واستغني
عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف لانه اسقاط لملكه فلا يعود الى ملكه كالاعتاق الا ترى ان المسجد

الحرام استغنى عنه اهله في زمن الفترة ولم يعد الى ورثة الباني وعند محمد رحمه الله يعود الى ملكه او الى ورثته بعد موته لانه عينه لجهة وقد انقطعت كالكفن اذا اخرج يرجع الى مالكه وعلى هذا حصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنهما يرجع الى مالكه عند محمد وعن ابي يوسف ينقل الى مسجد اخر وعلى هذا الخلاف الرباط والبير اذا لم ينتفع بهما قال ومن بنى سقاية او خانا او رباطا او مقبرة لم يزل ملكه عنه حتى يحكم به حاكم وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يزول ملكه بالقول وعند محمد رحمه الله اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك فكل واحد منهم بنى على اصله من اشتراط حكم الحاكم او التسليم او مجرد القول على ما بينا من قبل ولو سلم الى المتولي صح التسليم على قول من يرى انه شرط ولو جعل ارضه طريقا فهو على هذا الخلاف ثم لا فرق في الانتفاع في مثل هذه الاشياء بين الغني والفقير حتى جاز للكل النزول في الخان والرباط والشرب من السقاية والدفن في المقبرة بخلاف الغلة حيث لا يجوز الا للفقراء لان الغني مستغن بماله عن الصدقة ولا يستغني عما ذكرنا عادة ومبنى الفارق لانه لا يملك ان يستصحب هذه الاشياء عادة فان يحتاج اليه كالفقير ولا حاجة له الى الغلة لاستغنائه عنها بماله وعلى هذا لو وقف ارضا ليصرف غلتها الى الحاج او الغزاة او طلبة العلم لا تصرف الى الغني منهم ذكره في المحيط في باب الوقف وعلى هذا لو جعل داره مسكنا لابناء السبيل في اي بلد كان يستوي فيه الفقير والغني لما ذكرنا من الفرق وروي في الخبر عن عثمان ان النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وليس بها ما يستعذب غير بير رومة فقال من يشتري بير رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة فاشتريتها من صلب مالي رواه النسائي والترمذي فما ظنك بغيره من الاغنياء قال وان جعل شي من الطريق مسجدا صح كعكسه معناه اذا بنى قوم مسجدا واحتاجوا الى مكان ليتسع فادخلوا شيئا من الطريق في المسجد وكان ذلك لا يضر باصحاب الطريق جاز ذلك وكذا اذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه ارض لرجل يؤخذ ارضه بالقيمة كرها لما روي عن الصحابة رضي الله عنهم لما ضاق المسجد الحرام اخذوا ارضين كرها من اصحابها بالقيمة وزادوا في المسجد الحرام قال كعكسه اي كما جاز عكسه وهو ما اذا جعل في المسجد ممر لتعارف اهل الامصار في الجوامع وجاز لكل احد ان يمر فيه حتى الكافر الا الجنب والحائض والنفساء لما عرف في موضعه وليس لهم ان يدخلوا فيه الدواب والله اعلم بالصواب

كتاب البيع

وهو من الاضداد يقال باع كذا اذا اخرجه عن ملكه او ادخله فيه وفي الخبر قال عليه السلام لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يبيع على بيع اخيه اي لا يشتري على شرى اخيه لان المنهي عنه هو الشرى لا البيع قال الفرزدق:
ان الشباب لرابح من باعه * والشيب ليس لبائعه تجار
ويقع في الغالب على اخراج المبيع عن الملك قال رحمه الله هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق المبادلة من غير تقييد بالتراضي وكونه منعقدا به ثبت شرعا لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض وهو جائز ثبت جوازه بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فما تلونا وقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا واما السنة فما روي انه عليه السلام باع قدحا وحلسا وكانوا يتبايعون فاقرهم عليه واما الاجماع فان الامة اجمعت على جوازه ولانه

١١٤

احد اسباب الملك قال ويلزم بايجاب وقبول وقال الشافعي لا يلزم به بل لهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا اذ هما متبايعان بعد البيع وقبله متساومان ولنا ان العقد تم من الجانبين ودخل المبيع في ملك المشتري والفسخ بعده لا يكون الا بالتراضي لما فيه من الاضرار بالاخر بابطال حقه كسائر العقود وما رواه محمول على خيار القبول فانه اذا اوجب احدهما فلكل منهما الخيار ما دام في المجلس ولم ياخذ في عمل اخر وفي لفظه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة البيع حقيقة وما بعده او قبله مجاز كسائر اسماء الفاعل مثل المتجادلين والمتضاربين فيكون التفرق على هذا بالاقوال كما في قوله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته لانه اطلقه على ما يحصل الفرقة بقبولها هذا تاويل محمد وقال ابو يوسف هو التفرق بالابدان بعد الايجاب قبل القبول وقال عيسى هذا اولى لما عهدنا في الشرع ان الفرقة موجبة للفساد كما في الصرف قبل القبض وما ذكروه يوجب التمام ولا نظير له في الشرع فكان ما ذكرنا اولى لكونه مرادا وما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان يبيع ويفارقه خطوات خشية الترادد تاويل منه وتاويل الصحابي عندنا لا يكون حجة او يجوز ان يكون فعل ذلك لقطع الاحتمال حتى لا يحتج الاخر بذلك فيقطع الاحتمال احتياطا لئلا يحمله مخالفه على مذهبه كذلك بدليل انه قال ما ادركت الصفقة حيا فهو من مال المبتاع اي اذا هلك بعدها وقال عليه السلام من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه من غير فصل واما قوله اذ هما متبايعان بعد البيع فقد ذكرنا انه حقيقة فيه حالة البيع ولانه يحتمل انه عليه السلام سماهما متبايعين لقربهما من البيع كما سمى العصير خمرا واسمعيل عليه السلام ذبيحا وانما كان له خيار القبول لانه لو لم يكن له الخيار للزم البيع من غير اختيار الاخر ولدخل في ملكه وليس ذلك في وسع الموجب وللموجب ان يرجع في هذه الحالة لانه ليس فيه ابطال حق الغير بخلاف ما اذا قضى الاصيل الدين للكفيل قبل ان يقضي الكفيل او دفع الزكاة الى الساعي قبل الحول حيث لا يجوز لهما ان يرجعا فيه لان حق الكفيل والفقير تعلق به على تقدير ان يقضي الدين وان يتم الحول والنصاب تام فلا يملك ابطاله وينعقد بكل لفظ ينبئ على التحقيق كبعت واشتريت او رضيت او اعطيتك او خذه بكذا والارسال والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس ادائهما وليس له ان يقبل بعض المبيع دون البعض وان فصل الثمن الا اذا كرر البائع لفظة بعت مع ذكر الثمن لكل واحد عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك ان فصل الثمن بان قال ان بعتك هذين كل واحد بكذا او بعتك هذه العشرة كل واحد منها بكذا بناء على ان البيع يتعدد بتكرار لفظة بعت عنده وعندهما بتفصيل الثمن وكذا ليس له ان يفرق القبض عند اتحاد العقد بان نقد ثمن البعض او ابراه او ناجله قال وبتعاط اي يلزم بالتعاطي ايضا ولا فرق بين ان يكون المبيع خسيسا او نفيسا وزعم الكرخي انه ينعقد به في شي خسيس لجريان العادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها والصحيح الاول لان جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ وقد وجد التراضي من الجانبين فوجب ان يجوز ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطي قيل يتم بالدفع من الجانبين واشار محمد انه يكتفي بتسليم المبيع قال واي قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب معناه اذا اوجب احدهما البيع ثم قام احدهما الموجب او الاخر قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع فيبطل به كسائر العقود المبادلة

بخلاف الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى لانه يمين من جهتهما والقبول شرط
والايمان لا تبطل بالقيام وعند الشافعي خيار القبول لا يمتد الى آخر المجلس بل هو على الفور ولنا انه
يحتاج الى التروي والفكر والتأمل فجعل ساعات المجلس ساعة واحدة اذ هو جامع للمتفرقات دفعا
للحرج وفيما قاله الشافعي رحمه الله حرج بين وهو منتف بالنص قال الله تعالى يريد الله بكم
اليسر ولا يريد بكم العسر وقال عليه السلام يسروا ولا تعسروا قال ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن
غير مشار لان جهالتهما تفضي الى النزاع المانع من التسليم والتسلم فيخلو العقد عن الفائدة وكل جهالة تفضي اليه
تكون مفسدا قال لا مشار اي لا يحتاج الى معرفة القدر والوصف في المشار اليه من الثمن او المبيع لان
الاشارة ابلغ اسباب التعريف وجهالة وصفه وقدره بعد ذلك لا تفضي الى المنازعة فلا تمنع الجواز
لان العوض حاضر ان بخلاف الربوي اذا بيع بجنسه حيث لا يجوز جزافا لاحتمال الربا وبخلاف رأس
مال السلم حيث لا يجوز اذا كان من المقدرات الا ان يكون معروف القدر عند ابي حنيفة على ما يجيء
بيانه في موضعه قال وصح بثمن حال وباجل معلوم معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر
لقوله تعالى واحل الله البيع من غير فصل وعنه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه ولا
بد من ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة قال رحمه الله ومطلقه على
النقد الغالب اي مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد ومراده من الاطلاق هنا ان يكون مطلقا عن قيد
البلد وعن قيد وصف الثمن بعد ان يسمي قدره بان قال عشرة دراهم مثلا فاذا كان كذلك ينصرف
الى المتعامل به في بلده لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص لا سيما اذا كان فيه تصحيح تصرفه قال
وان اختلف النقود فسد ان لم يبين وهذا اذا كان في الرواج سواء وفي المالية مختلفة لان مثل هذه الجهالة
مفضية الى المنازعة فيفسد الا ان ترفع بالبيان فان كانت في الرواج مختلفة ينصرف الى غالب
نقد البلد على ما بينا وان كانت في المالية سواء جاز البيع كيف ما كان غير انه ان كان احدهما اروج
انصرف اليه لما ذكرنا وان كانت في الرواج سواء كالاحادي والثنائي والثلاثي جاز لان مالية الكل
واحد سواء غير ان الاول كل واحد منه درهم والثاني كل اثنين منه درهم والثالث كل ثلاثة منه
درهم ونظيره الكاملي والعادلي والظاهري والمنصوري والناصري اليوم بمصر فاذا اشترى
بدراهم معلومة فاعطى من ايها شاء جاز لانه لا منازعة فيها ولا اختلاف في المالية قال رحمه الله
ويباع الطعام كيلا وجزافا لانه كل واحد منهما يصير معلوما اما المكايلة فظاهر واما الجزاف
فلما بينا في المشار اليه ومراده بالجزاف اذا باعه بخلاف جنسه ولم يكن رأس مال السلم على ما بيناه في
المشار اليه وبجنسه لا يجوز الا اذا كان قليلا وهو ما دون نصف الصاع قال وباناء او حجر
بعينه لا يعرف قدره لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة وهي المانعة لا مجرد الجهالة فصار كالمجا
وكبيع شيء لا يعرف وصفه بالاشارة ولا يتوهم هلاكه قبل التسليم لان تسليمه يجب في المجلس بخلاف
السلم لان التسليم فيه متأخر الى حلول الاجل فيحتمل هلاكه والاحتمال فيه ملحق بالحقيقة وهذا اذا
كان الاناء لا ينكبس بالكبس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف واما اذا كان ينكبس
كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا في قرب الماء استحسانا بالتعامل فيه روي ذلك عن ابي يوسف

وهذا اذا كان الحجر لا يتفتت وكذا اذا باعه بوزن شيء يخف اذا جف كالخيار والبطيخ وعن ابي حنيفة
وابي يوسف لا يجوز بوزن حجر ولا باناء لا يعرف مقداره لان هذا جزاف وشرط جواز الجزاف ان يكون
مميزا مشارا اليه ولو كاله به ورضي المشتري به جاز لانه صار مميزا مشارا اليه وان باعه بعد ذلك
قبل ان يعيد الكيل جاز لانه اشتراه مجازفة فكان المستحق هو المشار اليه قال ومن باع صبرة كل
صاع بدرهم صح في صاع وهذا عند ابي حنيفة وقالا جاز في الكل لان المبيع معلوم بالاشارة لان المشار
اليه لا يحتاج الى معرفة مقداره لجواز البيع وجهالة الثمن بايديهما رفعها فيجوز كما لو باع عبدا من
عبدين على ان يأخذ ايهما شاء بخلاف ما اذا اجر داره كل شهر بدرهم حيث لا يجوز الا في شهر واحد لان
الشهور لا نهاية لها فلا يمكن ازالة الجهالة فيها فينصرف الى الاقل كما اذا قال لفلان علي كل درهم له
درهم واحد بخلاف ما اذا قال لامرأة ان تزوجتك فانت طالق حيث ينصرف الى الكل لعدم افضائه الى المنازعة
ولابي حنيفة ان الثمن مجهول وذلك مفسد غير ان الاقل معلوم فيصح فيه للتيقن به وما عداه مجهول
فيفسد كما اذا باع الثوب برقمه بخلاف ما استشهدا به لان الرافع للجهالة هنا وهو الكيل متأخر عن
العقد وفي تلك مقارن لان الخيار موجود حالة التبايع ثم اذا جاز في قفيز واحد عنده يثبت له
الخيار لتفرق الصفقة عليه ولو كاله في المجلس جاز بالاجماع لزوال المانع قبل تقرر الفساد وكذا اذا
سمى جملة القفزان وله الخيار فيهما لانه علم في ذلك الوقت فصار كما لو ظهر له بالايجاب وكما اذا
اشترى ما لم يره فرآه وان افترقا قبل ان يعرف فسد فلا ينقلب صحيحا بعد المجلس بخلاف ما اذا شرط الخيار
اربعة ايام حيث يعود صحيحا بازالة المفسد بعد الافتراق لان المفسد فيه لم يتمكن في صلب العقد بل
باعتبار اليوم الرابع فيعود صحيحا قبل مجيئه وهنا تمكن فيه فيتقيد بالمجلس قال ولو باع ثلة اي
جماعة ومراده من الغنم او ثوبا كل شاة بدرهم او كل ذراع بدرهم فسد في الكل وهذا عند ابي حنيفة
وعندهما يجوز في الكل لما ذكرنا من الجهالة الا ان الواحد متيقن به فينصرف اليه غير ان افراد الشياه
متفاوتة فلا يجوز بيع واحد منها فيفسد وقطع ذراع من ثوب يكون ضررا على البائع فلا يجوز كما لو باع جذعا
من سقف وعلى هذا كل معدود متفاوت قال ولو سمى الكل صح في الكل يعني لو سمى جملته في العقد جاز في
الكل في الفصلين في فصل الصبرة وفي فصل الشاة ونحوه لزوال المانع وكذا اذا سمى بعد العقد في
المجلس لما ذكرنا وهو يتأتى على قوله وعلى قولهما لا يتأتى لجوازه بدونه قال ولو نقص كيل اخذ بحصته
او فسخ وان زاد فللبائع يعني لو باع صبرة وسمى جملتها بان قال بعتكها على انها مائة قفيز بمائة درهم
ثم وجدها ناقصة اخذ الموجود بحصته الى آخره لانها من المقدرات فيتعلق العقد بقدرها وان
لم يسم لكل قفيز فاذا تعلق بقدرها فان وجدها ناقصة فله الخيار ان شاء اخذها بحصتها وان
شاء تركها لتفرق الصفقة عليه وان وجدها زائدة فالزائد للبائع لانه لم يدخل في البيع الا القدر
المسمى ويتعين على مثله اذ القدر ليس بوصف قال ولو نقص ذراع اخذ بكل الثمن او ترك وان
زاد فللمشتري ولا خيار للبائع معناه اذا باع مذروعا وسمى جملة الذرعان ولم يسم لكل ذراع
ثمنا ثم وجده ناقصا اخذه بكل الثمن وان شاء تركه الى آخر ما ذكر لان الذراع وصف للمذروع فلا
يقسم الثمن على الاوصاف فيكون كل الثمن مقابلا بالعين كلها بخلاف الاول غير انه ان وجده ناقصا

حيث له الخيار لفوات وصف مرغوب فيه مشروط في العقد وان وجده زائدا فهو له بذلك الثمن
لان الوصف لا يقابله شيء من الثمن ولا خيار للبائع كما اذا اشترطه معيبا فوجده سالما وبالعكس وهو ما
اذا اشترطه سليما فوجده معيبا للمشتري ان يرده بعد القبض قبل ان يذرعه ولو كان قدرا لا يحتاج الى احتمال
ان يزيد فلا يكون للبائع كما في المكيل والموزون **قال** ولو قال كل ذراع بكذا ونقص اخذه بحصته او ترك
وان زاد اخذ كل ذراع بكذا او فسخ معناه انه اذا قال بعتكه على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم
مثلا فوجده ناقصا فهو بالخيار ان شاء اخذه بحصته وان شاء ترك وان وجده زائدا اخذه كله كل
ذراع بدرهم او فسخ لان الذراع وان كان وصفا يصلح ان يكون اصلا لانه عين ينتفع به بانفراده
فاذا سمي لكل ذراع ثمنا جعل اصلا والا فهو وصف فاذا صار اصلا فان وجده ناقصا اخذه بحصته
ويثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه وان وجده زائدا فهو بالخيار ايضا ان شاء اخذه كل ذراع
بدرهم وان شاء ترك لانه ان حصلت له الزيادة في المبيع لزمه الزيادة في الثمن فكان فيه نفع يشوبه
ضرر فيتخير وليس له ان يأخذ القدر المسمى ويترك الزائد لان التبعيض يضره بخلاف الصبرة الا ترى انه
لا يجوز ان يبيع بعض المذروع ابتداء وفي الصبرة يجوز ولما كان الذراع يصلح ان يكون اصلا اعتبر اصلا
في حق انقسام الثمن على الذرعان وبقي وصفا في حق غيره من الاحكام كدخول الفاصل في البيع وان
سمي لكل ذراع ثمنا **قال** وفسد بيع عشرة اذرع من مائة ذراع من دار لا اسهم اي لا يفسد بيع عشرة اسهم من
دار وهذا مشكل فانه لو باع عشرة اسهم من دار او غيرها ولم يقل من مائة سهم ونحوه يفسد لانه
مجهول لا يعرف نسبته الى جميع الدار بخلاف ما اذا قال عشرة اسهم من مائة سهم او من ثلثين مثلا
حيث يجوز لانه معلوم عشر او ثلث ولعل الشيخ رحمه الله قصد هذا ولكن اجحافه في الاختصار ادى
الى ما ترى وقوله وفسد بيع عشرة اذرع من دار هو قول ابي حنيفة واختلف المشايخ على قولهما فمنهم من
قال لا يجوز عندهما للجهالة بمنزلة ما لو اشترى سهما منها او عشرة اسهم منها ولم يقل من كذا سهم ومنهم
من قال يجوز لان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذراع فيعرف فلا يفضي الى المنازعة بخلاف ما لو اشترى سهما
منها او عشرة اسهم اذ لا يمكن رفع الجهالة فيه ولو باع عشرة اذرع من مائة ذراع فسد عنده وعندهما
يجوز اذا كانت الدار مائة ذراع لانه عشرها فاشبه عشرة اسهم من مائة سهم وله ان الذراع اسم
لما يذرع بها واستعير لما يحله الذراع وهو معين لا مشاع ثم لا يعلم محله من اي الجوانب هو
على التعيين فلا يجوز كما لو باع احد العبدين بخلاف ما اذا باع عشرة اسهم من مائة سهم لانه شائع فلا
يفضي الى المنازعة وذكر الخصاف ان الفساد عنده اذا لم يعلم جملة الذرعان واما اذا علم جملتها
فيجوز عنده فجعلها نظير بيع شاة من القطيع كل شاة بدينار فانه ان علم عددها جملة يجوز عنده
والا فلا والصحيح انه لا يجوز عنده مطلقا لما ذكرنا **قال** رحمه الله وان اشترى عدلا على
انه عشرة اثواب فنقص او زاد فسد يعني اذا اشتراه بعشرة دنانير مثلا ولم يبين ثمن كل ثوب
ثم اذا وجده ناقصا او زائدا فسد البيع لجهالة المبيع في الزيادة لانه يحتاج ان يرد الثوب
الزائد فيتنازعان في المردود وللجهالة الثمن في فصل النقصان لانه يحتاج ان يسقط حصته
ثمن المعدوم وهو مجهول فيؤدي الى النزاع **قال** ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره

خير وان زاد فسد لانه اذا كان زائدا تبقى الجهالة في المردود فيؤدي الى المنازعة وفي فصل
النقصان ثمن كل واحد من الثياب معلوم فالموجود يصح فيه البيع ويبطل في المعدوم وعن ابي حنيفة
انه يفسد في فصل النقصان ايضا لانه جمع بين معدوم وموجود في صفقة واحدة فصار قبول العقد
في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فكان فاسدا كما لو جمع بين حر وعبد وبين كل واحد منهما او
باع ثوبين على انهما هرويان وبين ثمن كل واحد منهما فاذا احدهما مروي فان العقد عنده فاسد
في الصورتين فكذا هذا بناء على ان البيع يتعدد بتفصيل الثمن عندهما وعنده يتعدد بلفظة البيع
والصحيح انه يجوز في فصل النقصان لانه لم يجعل قبول العقد في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود
بل قصد بيع الموجود الا انه غلط في العدد بخلاف المستشهد به فانه قصد الايجاب فيهما فجعل قبول
العقد في كل واحد منهما شرطا لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد تحقيقه ان الشيئين الموصوفين بوصف
اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة العقد في الآخر بذلك الوصف اذ ليس
للمشتري ان يقبل العقد في احدهما دون الآخر فاذا انعدم ذلك الوصف في احدهما كان ذلك
شرطا فاسدا في الآخر فبالنظر الى وجود ذلك الشيء كان شرطا وبالنظر الى انعدام ذلك الوصف
كان فاسدا واما اذا كان احدهما معدوما فانه وصفه لم يدخلا في العقد حتى يكون قبوله
شرطا لصحة العقد في الآخر لانه معدوم فلا يتصور فيه القبول بل هو غلط محض **قال**
ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار
وبتسعة في تسعة ونصف بخيار معناه اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم
فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف يأخذه في الوجه الاول بعشرة من غير خيار وفي
الوجه الثاني يأخذه بتسعة ان شاء وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف يأخذه في
الاول باحد عشر وفي الوجه الثاني يأخذه بعشرة ويخير في الوجهين وقال محمد رحمه الله
يأخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الوجه الثاني بتسعة الا نصفا ويخير فيهما لانه لما سمى لكل
ذراع ثمنا على حدة التحق بالقدر ومن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف بالنصف
كالمكيل وانما يخير لانه في الوجه الاول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع وفي الوجه
الثاني ينقص الثوب عما شرط فيخير كما ينقص ولابي يوسف انه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل
ذراع كثوب على حدة بيع على انه ذراع بدرهم فاذا وجده ناقصا لا يسقط شيء من الثمن لما ذكرنا
انه وصف وتغير الاوصاف لا يوجب سقوط شيء من الثمن ثم يخير فيهما لانه ازداد الثمن عليه فيما
اذا وجده زائدا ونقص المبيع في الآخر فلم يتم رضاه به ولابي حنيفة رحمه الله ان الذراع
فيه وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع وكونه مقابلا بالدرهم
فعند عدمهما عاد الحكم الى الاصل ثم لا يخير في فصل الزيادة لانه مخالفة الى خير وفي النقصان يخير لفوات
الوصف المرغوب فيه قيل هذا الاختلاف في ثياب يضره القطع او يتفاوت جوانبه كالعمامة والقمصان
والاقبية واما الثياب التي لا يتفاوت جوانبها كالكتان ونحوها فلا يسلم له الزيادة لانه اذا
كان بهذه الصفة فهو بمنزلة المكيل والموزون وعلى هذا يجوز بيع ذراع منه كبيع قفيز من صبرة

فهو بمنزلة المكيل والموزون وعلى هذا يجوز بيع ذراع منه كبيع قفيز من صبرة اذ لا يضره التبعيض

فصل يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار والشجر في بيع الارض بلا ذكر لان الدار اسم
للعرصة في الاصل وفي العرف لها وللبناء لانه تبعا متصلا بها اتصال قرار وكذا الشجر متصل
بالارض للقرار فيدخل في بيعها تبعا لها واختلفوا في شجر غير مثمر وفي شجر صغير قيل لا يدخلان لان غير المثمر
يقطع للحطب والخشب ليبنى عليها والصغيرة ينقل من مكانها فصار كالزرع والصحيح انهما يدخلان فيه لان نباتهما
ليس لها حد معلوم بخلاف الزرع والمراد بالمفاتيح اذا كان غلقها متصلا بالدار مركبا فيها مثل الكباون
والضبة لانها تدخل في البيع حينئذ تبعا لها فتدخل المفاتيح تبعا للاغلاق اذ لا ينتفع بكل واحد منهما
بدون الآخر وان لم يكن الغلق مركبا فيها كالقفل لا يدخل الغلق لعدم الاتصال ولا المفتاح لانه في
القياس لا يدخل اصلا الا انا استحسنا ذلك فيما اذا دخل الغلق تبعا له فاذا لم يدخل بقي على اصل
القياس ثم الاصل في جنس هذه المسائل ان الشيء اذا كان متصلا بالمبيع اتصال قرار دخل في البيع تبعا
والا فلا الا اذا جرى العرف بالدخول فيه كالمفتاح والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب
وغير المتصل لا يدخل والسرير كالسلم هكذا ذكره في الكافي وهذا في عرفهم وفي عرف اهل مصر ينبغي
ان يدخل السلم وان كان منفصلا والظلة لا تدخل في بيع الدار عند ابي حنيفة وعندهما تدخل اذا
كان مفتحها من داخل وثياب الغلام والجارية تدخل في البيع بغير شرط للعرف الا ان تكون ثيابا
مرتفعة البسها للعرض فلا تدخل الا بالشرط لعدم العرف اذ العرف في ثياب البذلة والمهنة ثم
البائع بالخيار ان شاء اعطى الذي عليه وان شاء اعطى غيره لان الداخل بحكم العرف كسوة مثلهما
لا عينها ولهذا لم يكن لها حصة من الثمن حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البائع بشيء وكذا اذا وجد
بها عيبا ليس له ان يردها ولو وجد بالجارية عيبا كان له ان يردها بدون تلك الثياب وخطام البعير
والحبل المشدود في عنق الحمار والعذار والبردعة والاكاف يدخل للعرف بخلاف سرج الدابة
ولجامها والحبل المشدود على قرن البقر والجل حيث لا يدخل الا بالشرط لعدم العرف الا ان يكون
العرف بخلافه ويدخل فصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان والعجول والحمل ان ذهب به مع الام الى موضع
البيع دخل فيه للعرف والا فلا **قال** ولا يدخل الزرع في بيع الارض بلا تسمية ولا الثمر في بيع الشجر
الا بالشرط لانهما متصلان بهما للفصل فصار كالمتاع الموضوع فيهما وقال عليه السلام من اشترى ارضا
فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع رواه ابو داود وغيره ولا يلزم عليه الحمل حيث يدخل
في البيع تبعا وان كان للفصل لانه جزء الجارية فيكون تبعا لها ولانه لا يقدر على فصله الا الله تعالى
فلا يعتبر منفصلا في ثاني الحال مع وجود الجزئية في الحال **قال** ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع
لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع موضوع وقال
الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمرة ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد وفي العادة
لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع والحجة عليه ما بينا وفي الاجارة
التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض وانما لا يقلع فيها لان الاجارة
للانتفاع وذلك بالترك دون القلع بخلاف الشراء لانه لملك الرقبة فلا يراعى فيه امكان الانتفاع الاترى

انه لو اشترى ارضا لا يكون له الطريق الا بالشرط وفي الاجارة يدخل من غير شرط لما ذكرنا ولا فرق بينهما
اذا كان للثمر او للزرع قيمة او لم يكن لهما قيمة في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعهما منفردا يجوز
في الحالين في الاصح وكذا لا يدخلان في بيع الارض والشجر تبعا واما اذا بذر في الارض ولم ينبت حتى باع
الارض فلم يدخل لانه مودع فيها فصار كالمتاع الموضوع ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق
والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بعتكها بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها او من مرافقها
لا يدخلان لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه لانهما من الذي له فيها او منها للاتصال
في الحال بخلاف الثمر المجذوذ او الزرع المحصود حيث لا يدخل الا بالنص عليه للانفصال في الحال
وورق التوت والآس والزعفران والورد بمنزلة الثمار في جميع ما ذكرنا من الاحكام واغصانها بمنزلة
النخل وعكس الثمار في حكم الشرب والطريق فكل موضع يدخل فيه الثمار والزرع لا يدخل فيه الطريق
والشرب وكل موضع لا يدخلان فيه يدخل فيه الطريق والشرب لان الشرب والطريق ليسا منها ولا فيها
لكنهما من حقوقها والثمر والزرع موجودان فيها وهما منها وليسا من حقوقها قطعا كما **قال**
ومن باع ثمرة قد بدا صلاحها او لا صح لانه مال متقوم منتفع به في الحال او في المآل وقيل لا يجوز قبل
ان يصير منتفعا به والاول اصح وعلى هذا الخلاف بيع الزرع قبل ان تناله المشافر والمناجل والاصح الجواز
لانه منتفع به في المآل فصار كالاطفال والجحش **قال** رحمه الله ويقطعها المشتري تفريغا لملك
البائع هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع **قال** وان شرط تركها على النخل فسد اي البيع لانه شرط
لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او نقول انه صفقة في صفقة لانه اجارة في بيع ان كان للمنفعة
حصة من الثمن او اعارة في بيع ان لم يكن لها حصة من الثمن وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
صفقة في صفقة وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما بينا وكذا اذا تناهى عظمها عندهما لانه شرط لا
يقتضيه العقد وقال محمد رحمه الله لا يفسد استحسانا للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه
الجزء المعدوم وهو ما يزداد بمعنى في الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب
الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم
يتصدق بشيء لان هذا تغير حال فان الشمس تنضجه ويأخذ اللون من القمر والطعم من الكواكب بتقدير الله تعالى
وان اشتراها مطلقا ثم استأجر النخل الى وقت الادراك او تركها طاب له الفضل لان الاجارة باطلة
لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بمجرده بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض
الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل وهو ما زاد على الثمن وعلى ما غرم من اجر المثل لان الاجارة
فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لعجزه عن التسليم
ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في
الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة في ملكه ثم يبيع الاصول بعد قطع الثمار
من البائع ان شاء وقيل المخلص فيه ان يشتري الثمار الموجودة والمعدومة فانه جائز عند بعضهم اذا كان
الموجود اكثر وحاصله ان لهذه المسألة ثلاث صور احدها اذا خرج الثمار كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق
وحكمه ما مضى وثانيها ان لا يخرج منه شيء فانه لا يجوز بيعه اتفاقا وثالثها ان يخرج بعضها دون

بعض فانه لا يجوز في ظاهر المذهب وهل يجوز اذا كان الخارج اكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا
لتعامل الناس وللضرورة وكان شمس الائمة الحلواني وابو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به
وقال شمس الائمة السرخسي والاصح انه لا يجوز لان المصير الى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولا
ضرورة هنا لانه يمكنه ان يبيع الاصول على ما بينا او يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي الى
وقت وجوده او يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه فيحصل مقصودهما بهذا الطريق
فلا ضرورة الى تجويز العقد في المعدوم مصادما للنص وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند
الانسان ورخص في السلم **قال** ولو استثنى منها ارطالا معلومة صح كبيع بر في سنبله وباقلا في قشره
اي لو استثنى من الثمار المبيعة المجذوذة او غير المجذوذة جاز البيع كما يجوز بيع البر في سنبله والباقلا
في قشره اما الاول فلان المبيع صار معلوما بالاشارة والمستثنى معلوم بالعبارة فوجب القول بجوازه
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز لان الباقي بعد الاستثناء مجهول وربما لا يبقى بعده شيء فيخلو عن الفائدة
او يكون رجوعا عن العقد قبل القبول فيصح رجوعه على ما بينا بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي
معلوم بالمشاهدة وهذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان المبيع معلوم بالاشارة وجهالة قدره لا تمنع
جواز البيع في المشار اليه على ما بينا من قبل الا ترى ان بيعه مجازفة جائز وان كان مجهول القدر وهذا
هو بعينه لانه جزاف فيما بقي بعد الثنيا ولان ما جاز ايراد العقد عليه بانفراده جاز استثناؤه من
العقد وما لا فلا وبيع ارطال معلومة من الثمار جائز فكذا استثناؤها ونظيره بيع شاة معينة
من القطيع فانه يجوز استثناؤها ولو كانت مجهولة بان باع شاة منها بغير عينها لا يجوز فكذا استثناؤها
وعلى هذا اطراف الحيوان واوصاف المبيع وقوله ربما لا يبقى بعده شيء الى اخره قلنا الاستثناء تصرف
لفظي فيعتبر فيه صحة الكلام فاذا صح تم الكلام وصار مقيدا ولا يكون رجوعا ولو خرج الكل بذلك الطريق
لانه يتوهم البقاء الا ترى انه لو قال نسائي طوالق الا فلانة وفلانة او قال عبيدي احرار الا فلانا
وفلانا حتى اخرج الكل بهذا الطريق صح ولا يكون رجوعا وانما يكون رجوعا اذا كان بلفظه بان قال
عبيدي احرار الا عبيدي او نسائي طوالق الا نسائي حتى لا يصح هذا الكلام ويلغو ويقع الطلاق والعتاق
على الجميع فكذا هنا لا يكون رجوعا الا اذا قال بعتك هذه الثمار الا هذه الثمار واما الثاني وهو ما اذا
باع برا في سنبله الى اخره فلانه مال متقوم منتفع به فيجوز بيعه في قشره كالشعير وقال الشافعي لا يجوز
لان المعقود عليه مستور غائب عن البصر ولا يعلم وجوده فلا يجوز بيعه كبزر البطيخ وحب القطن واللبن
في الضرع والزيت في الزيتون قبل الاستخراج **ولنا** الفرق بينهما ان الغالب في السنبلة الحنطة الا ترى
انه يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب ولا هذا لبن ولا زيت ولا قطن وعلى هذا الخلاف
الفستق والبندق والجوز والحمص الاخضر وسائر الحبوب المغلفة وما رواه مسلم واحمد وغيرهما انه
عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة المراد به السلم
يعني لا يجوز الاسلام فيه حتى يوجد بين الناس الا ترى الى ما رواه مسلم والبخاري باسناده عن النبي عليه السلام
اذا منع الله الثمرة فبم يستحل مال اخيه فيكون حجة لنا في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين
المحل ولو اجري على اطلاقه كان حجة لنا ايضا في هذا الموضع لانه يقتضي جواز بيعه بعدما ابيض مطلقا

من غير قيد بالقبض ولو كان كما قاله لقال حتى يقبض **قال** واجرة الكيل على البائع مراده فيما اذا بيع مكايلة
وكذا اجرة وزان المبيع وذارعه وعاده على البائع لان الكيل والوزن والذرع والعد فيما بيع مكايلة او موازنة
او مذارعة او معادة من تمام التسليم وتسليم المبيع على البائع فكذا تمامه **قال** واجرة نقد الثمن ووزنه
على المشتري لما ذكرنا ان الوزن من تمام التسليم وتسليم الثمن على المشتري فكذا ما يكون من تمامه وكذا
يجب عليه تسليم الجيد لان حق البائع تعلق به فيكون اجرة من يميز ذلك عليه اذ هو المحتاج اليه وهذه
رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله وفي رواية ابن رستم عنه اجرة نقد الثمن على البائع لان النقد يكون
بعد التسليم والوزن ليعرف المعيب من غيره فكان هو المحتاج اليه فيكون اجرته عليه وبالاول كان يفتي
الصدر الشهيد رحمه الله وعن محمد ان اجرة النقد على رب الدين بعد القبض وقبله على المديون لان على
المديون افتكاكه فيكون اجرة المميز عليه وبعد القبض دخل في ضمان رب الدين ويدعي انه خلاف حقه
فيكون مميزه عليه **قال** ومن باع سلعة بثمن سلمه اولا اي سلم الثمن اولا لان العقد يقتضي المساواة
وحق المشتري قد تعين في المبيع فيسلم هو الثمن اولا ليتعين حق البائع فيه كما تعين حقه في المبيع اذ الثمن لا
يتعين الا بالقبض وصورته هذا ان يقال للبائع احضر المبيع ليعلم انه قائم فاذا احضر قيل للمشتري سلم الثمن
اولا لما ذكرنا وان كان المبيع غائبا فللمشتري ان يمتنع من تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع على مثال الراهن مع
المرتهن **قال** والا معا اي ان لم يكن سلعة بثمن سلما معا لاستوائهما في التعيين او في عدم التعيين وذلك
لانه اما ثمن بثمن او سلعة بسلعة فالاول كلاهما غير متعين والثاني متعين ٥

باب خيار الشرط

قال رحمه الله صح للمتبايعين او لاحدهما ثلثة ايام او اقل اي جاز خيار الشرط
لهما جملة او لاحدهما ثلثة ايام فما دونه لقوله عليه السلام لحبان بن منقذ الانصاري وكان يغبن في البياعات
اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام **قال** ولو اكثر لا اي لو شرط اكثر من ثلثة ايام لا يجوز
وهذا عند ابي حنيفة وبه قال زفر والشافعي وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لما روي عن ابن عمر
رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار شرع للتروي لدفع الغبن وقد تمس الحاجة الى
الاكثر فشابه الاجل في الثمن ولابي حنيفة ان خيار الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم وانما
جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على مورد النص وينتفي الزيادة بخلاف اشتراط الاجل
لانه للقدرة على التحصيل وذلك يتطاول المدة وحديث ابن عمر ليس بنص فيه فانه روي انه اجاز الخيار
الى شهرين فيحتمل ان يكون خيار الرؤية او العيب فاذا اسقط الزيادة فسد العقد بها **قال**
فاذا اجاز في الثلث جاز خلافا لزفر وهو يقول انعقد فاسدا فلا يعود صحيحا كالنكاح بغير شهود ٥
وله ان المفسد قد زال قبل تقرره فيقلب صحيحا كما في البيع بالرقم واعلمه في المجلس وهذا عند مشايخ
اهل العراق من اصحابنا فان عندهم ينعقد فاسدا ويرتفع الفساد بحذف الشرط ولان المفسد اتصال
اليوم الرابع بهذه المدة فاذا حذفه قبل اليوم الرابع فقد منع اتصال المفسد بالعقد فصار كان
الخيار لم يكن مشروطا في اليوم الرابع وهذا عند مشايخ اهل خراسان بعد ثم العقد موقوف على
اسقاط الشرط فبمضي جزء من اليوم الرابع فسد العقد فلا ينقلب صحيحا بخلاف فساد النكاح لعدم
الاشهاد لان الفساد فيه لعدم شرط الجواز فلا يمكن ازالته وهذا الوجه اوجه **قال** ولو باع

لا يصح الا اشهر انه والده منقذ بن عمرو وكذلك ذكر البخاري لا ما ... وابن ماجه ... وابن عبد البر واستيعابه والنووي والله اعلم

على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع صح والى اربعة لا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
يجوز الى اربعة ايام او اكثر وقال زفر لا يجوز هذا الشرط اصلا وهو القياس لانه شرط فيه اقالة فاسدة
لتعلقها بشرط عدم النقد ولو شرط فيه الصحيحة منها افسد فهذا اولى ووجه الاستحسان انه في معنى شرط
الخيار بل هو عينه لانه يتخير في الايام الثلاثة بين الفسخ والامضاء غير انه نزل النقد جعله امارة الفسخ والنقد
امارة الامضاء وهذا الشرط يحتاج اليه لدفع المماطلة كما ان شرط الخيار يحتاج اليه لدفع الغبن غير انه
هنا بمضي المدة مع عدم النقد ينفسخ العقد وفي ذلك يتم وذلك لا يوجب اختلافا في الحكم اذ في كل واحد منهما
فسخ على تقدير واجازة على تقدير والاختلاف فيما يقع به الفسخ والاجازة لا في نفس الفسخ عند ارادة الفسخ
ولا في نفس الاجازة عند ارادة الاجازة فلا يعد اختلافا ثم ابو حنيفة ومحمد مرا على اصلهما في الزيادة
على الثلاثة في الملحق به وهو شرط الخيار على ما بينا وابو يوسف مع ابي حنيفة في هذا ومع محمد في شرط الخيار
اخذ بالتفريع هذا وبالاثر في تلك **قال** فان نقد في الثلاث صح يعني فيما اذا اشترطا الثمن ثلاثة ايام
وانما صح لزوال المفسد وهذا بالاجماع ثم هذه المسألة على وجوه اما ان لا يبينا الوقت او بينا وقتا
مجهولا بان يقول على انه ان لم ينقده اياما او بينا معلوما وهو اكثر من ثلاثة ايام فهو في هذه الصور كلها فاسد
الا ان ينقد في الثلث لما قلنا او بينا وقتا معلوما وهو ثلاثة ايام او دونه فانه يجوز لما بينا **قال**
وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام البيع لا يجوز الا بالتراضي مع الخيار ولهذا ينفذ عتق البائع
ويملك التصرف فيه دون المشتري وان قبضه باذن البائع **قال** رحمه الله ويقبض المشتري فهلك
بالقيمة يعني اذا قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار فان المشتري يضمن قيمته لان البيع ينفسخ بالهلاك
لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وكان مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد
البائع انفسخ البيع ولا شيء على البائع كما في البيع الصحيح المطلق ولو تعيب المبيع في يد المشتري فللبائع
ان يلزمه البيع ان شاء وان شاء فسخ البيع وضمنه النقصان لان العيب لا يمنع الفسخ واذا انفسخ العقد كان
مضمونا على المشتري بالقبض بجميع اجزائه كالمغصوب ولو تعيب في يد البائع فهو على خياره لان ما انتقص
بفعله لا يكون مضمونا عليه وللمشتري يتخير ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء فسخ كما في البيع المطلق
واذا كان العيب بفعل البائع ينتقض البيع فيه بقدره لان ما يحدث بفعله يكون مضمونا عليه ويسقط
حصته من الثمن **قال** وخيار المشتري لا يمنع ولا يملكه اي لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع ولا
يملكه المشتري لان البيع من جهة البائع لازم لان الخيار شرع نظرا لمن له الخيار فيعمل في حقه
دون الاخر وانما لم يملكه المشتري لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد وهذا عند
ابي حنيفة وقالا يملكه لانه لو خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري لكان زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا
به في الشرع وله ان الثمن لم يخرج عن ملكه لان الخيار يعمل في حق من له الخيار ولو دخل في ملكه لزال
بلا عوض واجتمع في ملك شخص واحد العوض والمعوض ولا عهد لنا به في الشرع ولان الخيار شرع
نظرا له ليتروى فيه هل هو موافق ام لا فلو دخل في ملكه يفوت ذلك فيما اذا اشترى قريبه لانه يعتق عليه
فيعود على موضوعه بالنقض ويجوز ان يوجد خروج ملك بلا دخول في ملك غيره كما في الكعبة خرجت
عن ملك ملاكهم ولا يدخل في ملك احد وكذا الشراء للكعبة وكذا التركة المستغرقة بالدين يخرج

عن ملك الميت ولا يدخل في ملك الورثة والانفصال على هذا يجوز مسامحة ومنهي عنها لانا نقول الحال موقوف
ان اجيز البيع يستند الى وقت العقد فيتبين انه ملكه من ذلك الوقت ولهذا كان له الزوائد وان فسخ
بان انه غير زائل عن ملكه فكيف تكون مسامحة مع وجود سبب الانتقال وحكمه موقوف **قال**
ويقبضه يهلك بالثمن كتعيبه اي بسبب قبضه يضمن قيمته اذ الهلاك كما يضمن اذا تعيب والمراد العيب
عيب لا يرتفع كقطع اليد وان كان يرتفع كالمرض فهو على خياره فان ارتفع في المدة لا يلزمه والا لزمه
لانه بدخول العيب فيه عند المشتري يمتنع الرد على البائع لعجزه عن الرد كما قبضه والهلاك لا يعرى عن
مقدمة عيب فيهلك بعد ما انبرم العقد فيلزمه الثمن بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لانه بدخول
العيب فيه لا يمتنع الرد اذ لا يعجز عن التصرف بحكم الخيار فلا يسقط خياره وان اشرف على الهلاك
فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز لانه لم يبق محلا للبيع فكان مضمونا عليه بالقيمة
ضرورة **قال** فلو اشترى زوجته بالخيار بقي النكاح لانه لم يملكها لان خيار المشتري يمنع من دخول
المبيع في ملكه على ما بينا **قال** فان وطئها فله ان يردها لان الوطء بحكم النكاح لا بحكم ملك اليمين
اذ لا يملكها بهذا الشراء الا اذا نقصها الوطء لانها تتعيب به وللمشتري ان يردها عليه بعد ما تعيبت عنده
على ما ذكرنا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما ليس له ان يردها مطلقا لان النكاح انفسخ لملكه اياها فكون
الوطء بحكم ملك اليمين فيمتنع الرد كما اذا اشترى غير زوجته فوطئها وهذه المسألة تظهر فيها ثمرة
الخلاف بينهم ولها نظائر منها عتق العبد المشتري على المشتري اذا كان قريبا له ومنها عتقه اذا
كان قد حلف بعتقه بان قال ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريته لانه يصير كالمنشئ
في تلك الحالة في حق تصحيح الجزاء لا غير حتى لا يجزيه عن الكفارة اذا نواه بخلاف شراء القريب على ما عرف
في موضعه ومنها ان الامة المشتراة لو حاضت عند المشتري بعد القبض لا يجتزأ به عن الاستبراء
لعدم الملك وعندهما يجتزأ به لوجوده ولو رجعت الى البائع بالفسخ بحكم الخيار لا يجب عليه الاستبراء
لعدم دخولها في ملك غيره عنده وعندهما يجب اذا رجعت اليه بعد القبض وان رجعت اليه ملكه
قبل القبض لا يجب عليه الاستبراء استحسانا كما لو كان البيع باتا ثم تفاسخا باقالة او غيره فانه يجب
عليه الاستبراء قبل القبض قياسا واستحسانا وقبل القبض يجب استحسانا وفي الاستحسان لا يجب اجماعا
ومنها ما اذا اشترى منكوحته وقد ولدت منه او حبلى منه لا تصير ام ولد له خلافا لهما وثمرة الخلاف
تظهر ايضا فيما اذا ولدت منه قبل القبض في يد البائع وان قبضها المشتري فولدت في مدة الخيار
لزم البيع بالاجماع لانها تتعيب بالولادة ولا يملك ردها بعد العيب في يده بخلاف ما اذا ولدت
قبل القبض عند ابي حنيفة وهو نظير ما اذا اشترى حليا من غيره بشرط الخيار فقبضها فولدت عنده
يبطل خياره ويلزم البيع لما ذكرنا ومنها ما اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عنده
فهلك في يده هلك من مال البائع عنده لان قبضه يرتفع بالرد لعدم الملك فهلاكه بعد ذلك في يد
البائع ان كان في المدة فهو هلاك قبل القبض وقبل الملك وان كان بعد مضيها فهو هلاك بعد
القبض فيكون من ماله كما في البيع البات وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك
له فصار كما اذا كان له خيار الرؤية او العيب والفرق لهما انهما لا يمنعان وقوع الملك للمشتري

فيكون الابراء صحيحا بخلاف خيار الشرط ومنها ما لو كان المشتري عبدا ماذونا له في التجارة فابراه البائع
عن الثمن في مدة الخيار بقي خياره عنده لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك والماذون له يملك
الرد وان كان التملك بغير عوض كما اذا وهب له فان له ان يمتنع عن القبول وعندهما بطل خياره لانه لما
ملكه كان الرد تمليكا بلا عوض وهو لا يملك ذلك بخلاف الحر فصار كما لو كان خيار رؤية او عيب في البيع
البات فابراه البائع عن الثمن فانه لا يملك رده عليه بعد القبض بالاجماع وجوابه انهما لا يمتنعان الوقوع
في الملك على ما بينا وذكر في المحيط انه لا يملك الابراء عن الثمن عند ابي يوسف لانه لم يملكه لان خيار المشتري
يمنع خروج الثمن عن ملكه وهو القياس ووجه الاستحسان انه ابراء بعد وجود سببه فيصح ومنها
ما لو اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم المشتري في مدة الخيار بطل الخيار عندهما لانه
ملكها فلا يملك تمليكها بالرد وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها باسقاط الخيار وهو مسلم ولو
اسلم البائع والخيار للمشتري بقي على خياره بالاجماع ولو ردها المشتري عادت الى ملك البائع لان العقد من
جانب البائع بات فان اجازه صار له وان فسخ صار الخمر للبائع والمسلم من اهل ان يملك الخمر حكما في الارث
ولو كان الخيار للبائع فاسلم هو بطل البيع لان المبيع لم يخرج عن ملكه والمسلم لا يقدر ان يملك الخمر ولو اسلم
المشتري لا يبطل العقد والبائع على خياره لان العقد من جهة المشتري بات فان اجاز العقد صار له
لان المسلم من اهل ان يملك الخمر حكما وان فسخه كان للبائع وهذا كله فيما اذا اسلم احدهما بعد القبض والخيار
لاحدهما وان اسلم قبل القبض بطل البيع في الصور كلها سواء كان البيع باتا او شرط الخيار لاحدهما او لهما
لان للقبض شبها بالعقد من حيث انه يفيد ملك التصرف فلا يملكه بعد الاسلام وان اسلم احدهما او كلا
بعد القبض وكان البيع باتا لا يبطل لانه قد تم القبض بخلاف ما اذا كان بشرط الخيار ومنها مسلم اشترى
من مسلم عصيرا بشرط الخيار ثم تخمر العصير في المدة فسد البيع عنده وعندهما تم ومنها حلال اشترى
صيدا بشرط الخيار وقبضه ثم احرم والصيد في يده ينتقض البيع ويرده الى البائع وقالا يلزم المشتري
ولو كان الخيار للبائع ينتقض في قولهم جميعا وان كان الخيار للمشتري فاحرم البائع فللمشتري ان يرده
ومنها ما لو اشترى دارا هو ساكنها باجارة او عارية فاستدام السكنى بعد الشراء لا يكون اختيارا
عنده وعندهما اختيار لانه ملك العين فكان سكناه بحكم ملك العين وقال السرخسي رحمه الله ابتداء السكنى
اختيار لان الدار لا تمتحن بالسكنى بخلاف الاستمرار **قال** فان اجاز من له الخيار بغيبة صاحبه
صح وان فسخ لا وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف له ان يفسخ ايضا مع غيبة صاحبه لان
الشرط كان بمساعدته فصار مسلطا له على الفسخ فلا يتوقف على علمه كالفسخ بالفعل مثل عتاق من
له الخيار او بيعه او وطئه او تقبيله بشهوة وكالاجازة فان علم الآخر لا يشترط فيها ولهذا لا يشترط
رضاه فصار كالوكيل بالبيع ولهما انه بالفسخ يلزم صاحبه الضرر اذ لا يمتنع من العمل بموجب الفسخ من
غير علم كالامتناع من التصرف والوطء والاستخدام بل يقدم على هذه التصرفات اعتمادا على ما سبق من
البيع فيلزمه الغرامة وكذا لا يطلب لسلعته مشتريا لما قلنا فلا بد من علمه دفعا للضرر عنه كعزل الوكيل
وحجر العبد الماذون له عن التصرف وفراق الشريك ونهي المضارب عن التصرف بخلاف الاجازة لانه
لا ضرر فيها على صاحبه اذ هو موافق له فيها وبخلاف الفسخ بالفعل لانه حكمي ولا يشترط العلم في الحكمي

كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر العبد الماذون له في التجارة حكما كارتداده ولحاقه بدار الحرب
مرتدا وكجنونه مطبقا ولا نسلم انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وكيف يسلطه عليه وهو بنفسه
لا يملك الفسخ وانما يفسخ لكون العقد غير لازم في حقه لا بتسليط منه فيشترط علمه بخلاف الوكيل حيث يجوز
له التصرف من غير علم الموكل لانه مسلط من جهته وكذا المضارب ولو فسخ حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة
صح ولو مضت المدة قبل العلم به تم العقد ولزم والحيلة فيه ان ياخذ منه وكيلا حتى اذا بدا له الفسخ رده
عليه وقال بعضهم انه لو رفع الامر الى الحاكم واعلمه بذلك ونصب من يخاصم عنه صح الرد عليه وذكر الكرخي
ان خيار الرؤية على هذا الخلاف وفي خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه بالاجماع لانه لا يثبت الا بالقضاء **قال**
وتم العقد بموته ومضي المدة والاعتاق وتوابعه والاخذ بالشفعة يعني يتم العقد بواحد من هذه الجملة
اما الاول وهو موت من له الخيار فلان الخيار بموته يبطل ولا ينتقل الى الورثة عندنا وقال الشافعي
يورث عنه لانه حق لازم ثابت له في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين **ولنا** ان الخيار صفة
للميت فلا ينتقل عنه كسائر اوصافه وانما قلنا انه صفة له لانه ليس هو الا مشيئة وارادة فصار كخيار
المخيرة عنده بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لانه ورث خياره وهذا لانه
بالعيب فات الجزء السليم فللمورث ان يطالب بذلك الجزء فيقوم الوارث مقامه ولهذا يثبت له الخيار فيما
تعيب في يد البائع بعد موت المورث وان لم يثبت للمورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه
بملك الغير لا ان الخيار يورث فاذا بطل الخيار لزم البيع **واما** الثاني وهو ما اذا مضت مدة الخيار
فلانه بمضيها يبطل خياره اذ لم يثبت له الخيار الا في تلك المدة كالمخيرة في وقت مقيد لم يبق لها الخيار
بعد مضيه ومن ضرورة بطلان الخيار تمام العقد ولزومه لزوال المانع **واما** الثالث وهو الاعتاق
وتوابعه فلان هذه التصرفات دليل الاستبقاء لانها تعتمد الملك والمراد بتوابع العتق التدبير والكتابة
وكذا كل تصرف لا يحل الا في الملك كالوطء والتقبيل واللمس بشهوة يتم بها البيع وكذا كل تصرف لا ينفذ
الا في الملك كالبيع والاجارة وهذا كله اذا كان الخيار للمشتري ووجد منه شيء من هذه الاشياء وان كان
الخيار للبائع وفعل شيئا من هذه الاشياء في المدة ينفسخ البيع لما ذكرنا انه دليل الاستبقاء ولو كان
الفعل على غير الملك لا يتم به البيع كالاستخدام والركوب ونحو ذلك لانه يفعل للامتحان والتجربة
فلا يكون دليل الاستبقاء **واما** الرابع وهو الاخذ بالشفعة وصورته ان يشتري دارا بشرط الخيار
ثم يباع دار اخرى بجنبها فاخذها المشتري بشرط الخيار بالشفعة فلان الاخذ بها لا يكون الا بالملك
فكان دليل الاجازة وهذا لان الشفعة شرعت نظرا للملاك لدفع ضرر يلزمهم على الدوام فكان
اخذه بها دليل الاستبقاء فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت له الملك فيها من وقت الشراء
فيظهر ان الجوار كان سابقا ولانه احق الناس بالتصرف فيها فكان اولى بالشفعة وان لم يعلم بها
كالمجانب والعبد الماذون له في التجارة وهذا التقدير يحتاج اليه لابي حنيفة واما على قولهما فان
المشتري بالخيار يملك الدار فلا يحتاج الى هذا التقدير لثبوت الملك وانما يحتاج اليه لسقوط الخيار
لا غير وهذا لان خيار يسقط به اجماعا بخلاف خيار الرؤية حيث لا يسقط باخذ الشفعة فيما اذا بيعت
دار بجنبها فاخذها بها لانه لا يسقط بالصريح فكذا بالدلالة **قال** ولو شرط المشتري الخيار

لغيره صح وايهما اجاز او نقض صح اي اجاز المشتري او من شرط له الخيار او نقضه جاز وقال زفر لا يجوز
اشتراط الخيار لغير العاقد وهو القياس لان الخيار من مواجب العقد ومن احكامه فلا يجوز اشتراطه لغير
العاقد كاشتراط الثمن على غيره وهذا لان اشتراط ما لا يقتضيه العقد مفسد وفيه ذلك فيفسد ولنا
ان اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط للعاقد لانه لا وجه لاثبات الخيار لغير العاقد بطريق الاصالة ولكن
اثباته بطريق النيابة عن العاقد فيجعل كانه شرط الخيار لنفسه وجعل الاجنبي نائبا عن نفسه اقتضاء تصحيحا
لتصرفه وزفر لا يقول بالاقتضاء ولا بالاستحسان فاذا كان نائبا عنه يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز
او نقض صح لان لكل واحد منهما ملك التصرف اصالة او نيابة قال فان اجاز احدهما ونقض الاخر فالاسبق
احق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه احد وتصرف الاخر بعده لغو لان السابق ان كان فسخا فالمفسوخ لا يلحقه
الاجازة وان كان اجازة فقد انبرم العقد وبعد انبرامه لا ينفرد احد المتعاقدين بفسخه قال
وان كانا معا فالفسخ اي لو فسخ احدهما واجاز الاخر وخرج الكلامان منهما معا كان الفسخ اولى من الاجازة
من ايهما كان وهو رواية كتاب المأذون من المبسوط وفي رواية كتاب البيوع منه تصرف المالك اولى فسخا كان
او اجازة لان الاصل اقوى اذ النائب يستفيد الولاية منه فلا يصلح ان يكون معارضا للاصيل ولانه لما اقدم
على التصرف كان عزلا له منه بالفعل حكما وهو يملك عزله صريحا بالقول فكذا دلالة بالفعل وهذا لان
تصرف النائب انما جاز للحاجة ولا حاجة عند مباشرة التصرف بنفسه فيلغو بخلاف ما اذا وكله ان يطلق
امرأته البتة فطلقها الوكيل والموكل حيث يقع عليها طلاق احدهما غير عين ولا يعدم تصرف الموكل لان
الوكيل في باب الطلاق سفير ومعبر فكان الموجود من الوكيل منسوبا اليه ولهذا يحنث في يمينه لا يطلق
فكان الصادر عن الوكيل صادرا عن الموكل بخلاف الوكيل في البيع على ما عرف في موضعه وجه الاول وهو
الاصح ان المعارضة من جهة المتصرف متحققة لان كل واحد منهما مالك للتصرف وتعذر العمل بهما
للاستحالة فوجب الترجيح بحال التصرف والفسخ اقوى لانه يرد على المجاز دون العكس فكان اولى باعتبار
كنكاح الحرة والامة اذا وجدا معا ينفذ نكاح الحرة لانه اقوى لوروده على نكاح الامة دون العكس
ولا يقال المجاز يحتمل الفسخ الا يرى انه لو كان الخيار لاحدهما وفسخ بحضرة صاحبه ثم هلك المبيع في يد
المشتري قبل التسليم الى البائع عاد الحال على ما كان حتى يجب عليه الثمن ان كان الخيار للمشتري والقيمة
ان كان الخيار للبائع كما اذا هلك في يده قبل الفسخ لانا نقول هذا لا يلزمنا لان كلامنا في اجازة ترد على
المفسوخ ولا اجازة هنا فلا يرد علينا وقيل ما ذكر في المأذون قول ابي يوسف لانه لا يعدم تصرف المالك
بل يستويان عنده وما ذكره في البيوع قول محمد لانه يقدم تصرف المالك على تصرف النائب عنده واستخرج
ذلك مما اذا باع الوكيل من شخص وباع الموكل من غيره فعند محمد يملكه المشتري من المالك تقديما لتصرف
المالك وعند ابي يوسف يستويان فيكون بين المشتريين نصفين لاستواء التصرف في عدم تقديم المتصرف
بالملك عنده ويثبت لكل واحد منهما الخيار لتفرق الصفقة عليهما قال ولو باع عبدين على انه بالخيار
في احدهما ان فصل وعين صح والا لا اي صح ان فصل ثمن كل واحد منهما وعين الذي فيه الخيار لان الذي
فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل في الحكم غيره فما لم
يكن ذلك الداخل معلوما وثمنه معلوما لا يجوز اذ جهالة المبيع والثمن مفسدة للعقد ولن يكون معلوما الا

العقد ثم

بالفصل والتعيين وهذه المسألة على اربعة اوجه احدها ان يفصل الثمن ويبين الذي فيه الخيار والثاني
ان لا يبين واحدا منهما والثالث ان يبين الثمن دون الاخر والرابع بالعكس فالعقد فاسد في الكل اما لجهالة
الثمن او لجهالة المبيع او لجهالتهما الا في الاول لانتفاء الجهالة عنها فان قيل لا يخلو اما ان يجعل المستثنى
داخلا في العقد او لا فان جعلته داخلا وجب ان يجوز وان لم يبين ولم يفصل اذ ليس يلزم ان كل جزء من
اجزاء المبيع ولا يشترط تعيينه شرطا لجواز البيع وان جعلته غير داخل فيه وجب ان لا يجوز وان بين وفصل لانك
جعلت قبول العقد في غير المبيع شرطا لصحة العقد في المبيع وهو فاسد كما لو جمع بين حر وعبد او شاة
ذكية وميتة فانه لا يجوز وان بين ثمنهما قلنا هو داخل صيغة غير داخل حكما فاذا كان داخلا من وجه
دون وجه ينظر فان كان معلوما اعتبرناه داخلا فيجوز والا فغير داخل فلا يجوز بخلاف بيع المدبر
مع القن حيث يجوز عند بعضهم وان لم يبين ثمن القن لانهما داخلان صيغة وحكما اذ لم يوجد في حقهما ما يمنع
ذلك ولهذا لو حكم الحاكم بجواز بيعهما صح وفيما نحن فيه الخيار يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وعند بعضهم
لا يجوز حتى يبين ثمن القن فعلى هذا لا فرق بينهما ولو اشترى كيليا او وزنيا او عبدا واحدا على انه بالخيار في
نصفه جاز فصل الثمن او لم يفصل لان النصف من الشيء الواحد لا يتفاوت ولا فرق بين ان يكون الخيار
للبائع او للمشتري قال وصح خيار التعيين فيما دون الاربعة وهو ان يبيع احد العبدين او الثوبين
على ان يأخذ ايهما شاء او يبيع احد الثلاثة على ان يأخذ ايها شاء ولا يجوز ذلك في الاربعة وهذا استحسان
وقال زفر والشافعي لا يجوز هذا اصلا وهو القياس لجهالة المبيع ووجه الاستحسان ان شرط الخيار
للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج
الى اختيار من يثق برأيه او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالبيع كيلا يبقى امانة
في يده فكان في معنى خيار الشرط وهذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لتعين من له الخيار فلا تمنع الجواز غير
ان هذه الحاجة تندفع بالثلاثة لوجود الجيد والرديء والوسط فيها ولا حاجة الى الاربعة وثبوت الرخصة للحاجة
وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا يثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط
مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير قال شمس الائمة هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور
في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار اتفاقا لا شرطا قال فخر الاسلام هو الصحيح فعلى قول هذا القائل
اذا لم يشترط خيار الشرط لزم العقد في احدهما حتى لا يرد الا احدهما وعلى قول الكرخي له ان يردهما لان هذا
الخيار عنده بمنزلة خيار الشرط وقال قاضي خان وضع محمد رحمه الله هذه المسألة ههنا يعني في الجامع
الصغير فيما اذا بين مدة الخيار فقال يأخذ ايهما شاء بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلاثة ايام ووضعه
كذا في المأذون ووضعها في الجامع الكبير وغيره على ان يأخذ ايهما شاء ولم يذكر الزيادة واذا لم يذكر خيار
الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث فما دونها عند ابي حنيفة وبمدة معلومة ايتها كانت
عندهما على قول اكثر المشايخ لان القياس يأبى جواز هذا العقد وانما جاز استحسانا بطريق الالحاق بشرط
الخيار فلا يجوز بدونه فان شرط ذلك يثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فان ردهما بخيار الشرط في
المدة او رد احدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذا مضت المدة بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما
جميعا وبقي له خيار التعيين فيرد احدهما وان مات المشتري في مدة الخيار يبطل خيار الشرط ويبقى خيار

العين للوارث فلا يكون له الا رد احدهما قال العبد الضعيف عفى الله عنه اذا لم يذكر خيار الشرط
فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضي الوقت وفي خيار
التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم في احدهما قبل مضي الوقت ولا يمكن تعيينه بمضي الوقت بدون تعيينه فلا فائدة
لشرط ذلك والذي يغلب على الظن ان التوقيت لا يشترط فيه ولو شرط خيار التعيين للبائع اختلف المشايخ فيه
فذكر الكرخي في مختصره انه يجوز استحسانا كما لو كان له وانه اشار في الزيادات ووجهه انه خيار يجوز اشتراطه
للمشتري فيجوز له قياسا عليه وذكر في المجرد انه لا يجوز لانه جوز للمشتري للحاجة مخالفا للقياس ولا حاجة اليه
للبائع ثم اذا كان خيار التعيين للمشتري وقبضهما فهلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه لامتناع الرد
بالعيب وتعين الاخر للامانة لان الداخل تحت العقد احدهما والذي لم يدخل في العقد قبضه باذن مالكه
لا على سوم الشراء ولا بطريق الوثيقة فكان امانة في يده وتعين الباقي للامانة لما ذكرنا بخلاف ما اذا طلق
احدى امرأتيه او اعتق احد عبديه فهلك احدهما حيث يتعين الباقي للعتاق والطلاق لانه حين اشرف على
الهلاك لم يخرج من ان يكون محلا للطلاق والعتاق ولا يعجز عن الايقاع عليه قبل الهلاك وبعد الهلاك
لم يبق الهالك محلا للايقاع فيتعين الباقي له لبقاء المحلية وفيما نحن فيه حين اشرف على الهلاك عجز عن رده
وهو قابل للبيع ولم يبطل محليته فيتعين له وهذا الفرق يرجع الى انهما استويا في بقاء المحلية قبل الموت
غير انه في البيع حين اشرف على الهلاك عجز عن رده فتعين هو للبيع لانه قابل له وفي العتاق والطلاق ذلك
لانه يخرج من ان يكون محلا للايقاع قبل الموت غير انه لا يعجز عنه فبقي مخيرا الى الهلاك فاذا هلك يخرج من
ان يكون محلا له فلو وقع عليه لوقع قبل الموت وهما لا يتعلقان بعده فتعين الباقي ضرورة هذا اذا هلك احدهما
قبل الاخر وان هلكا معا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما لعدم الاولوية بجعل
احدهما مبيعا او امانة ولا فرق بين ان يكون الثمن متفقا او مختلفا وكذا لو هلكا على التعاقب ولا يدرى الاول
منهما يجب نصف ثمن كل واحد منهما لما قلنا بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره على حاله وله ان
يرد احدهما لانهما محل لابتداء البيع فكذا للتعيين بخلاف الهالك ولكن ليس له ان يردهما وان كان فيه خيار
الشرط لان العيب يمنع من الرد بخيار الشرط قال ولو اشتريا على انهما بالخيار فرضي احدهما لا يرده الاخر
يعني لو اشترى اثنان بشرط الخيار لهما ليس لاحدهما ان يرد نصيبه اذا اجاز الاخر وهذا عند ابي حنيفة
وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد
منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل واحد منهما يحتاج الى دفعه عن نفسه فلو بطل هذا بابطال الاخر كان لم
يحصل مقصوده ويلحقه به ضرر وله ان المشروط خيار لهما لا خيار كل واحد منهما على الانفراد فلا ينفرد احدهما
بالرد ولان حق الرد ثبت لهما على وجه لا يتضرر به البائع وفي رد احدهما نصيبه اضرار بالبائع اذ المبيع
خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما لرده معيبا بها اذ هي عيب في الاعيان لكونه لا
يتمكن من الانتفاع به الا بطريق المهايأة وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضى برد احدهما لتصور اجتماعهما
على الرد وقوله يلحقه به ضرر قلنا هذا الضرر يلحقه من جهة نفسه لعجزه عن ايجاد شرط الرد وهو
مساعدة صاحبه اياه على الرد والبائع يتضرر بتصرفه الرد فكان رعاية جانب البائع اولى ولا يقال
البائع رضي بالتبعيض بالبيع لهما لانا نقول رضي بالتبعيض في ملكهما لا في ملك نفسه فلا يدل على الرضا به في

في ملكه الا ترى ان المشتري لو زوج الامة المشتراة ثم وجد بها عيبا ليس له ان يردها على البائع لحدوث
العيب عنده وهو التزويج وان حصل بتسليطه ورضاه لما قلنا فان زال هذا العيب حدث عند المشتري وهو
يمنع الرد وان حدث في يد البائع قال رحمه الله ولو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب فكان بخلافه اخذه
بكل الثمن او تركه لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط في العقد ثم فواته يوجب التخيير لانه لم يرض
بدونه بخلاف ما لو باع شاة على انها حامل او تحلب كذا وكذا رطلا حيث يفسد البيع لانه ليس من قبيل الوصف
وانما هو من قبيل الشرط الفاسد ولا يعرف ذلك حقيقة لانه يحتمل انه لبن او حمل او انتفاخ حتى لو شرط انها
حلوب او لبون لا يفسد لانه وصف ولو قال يخبز كذا او صاعا او يكتب كذا قدرا يفسد لما ذكرنا وشرطه ان
يقدر على الكتابة والخبز قدر ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز وان كان لا يحسن ذلك قدر ما ينطلق عليه
الاسم فله الخيار ان شاء اخذه وان شاء رده لما قلنا وان قال البائع عند الرد كان يحسن ذلك لكنه نسي عندك
فالقول قول المشتري لان الاصل عدم الخبز والكتابة فكان الظاهر شاهدا له ولو باعه من غيره ان يشترط الكتابة
والخبز وكان يحسن ذلك فنسيه في يد البائع قبل التسليم رده عليه لانه استحق تسليمه على الصفة التي
ورد عليها العقد فاذا نسيه فقد تغير المبيع قبل القبض فيرده وعلى هذا لو اشترى جارية على انها طباخة
او نحوه في جميع ما ذكرنا من الاحكام ثم في كل موضع ثبت له الخيار فيه اذا اختار الاخذ اخذه بجميع الثمن لان
الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد اذ الجنس متحد ولهذا لا ينفسخ به العقد ولو اختلف
لفسد على ما يجيء بيانه في البيع الفاسد ان شاء الله تعالى

باب خيار الرؤية

قال رحمه الله شرا ما لم يره جائز وله ان يرده اذا رآه وان رضي قبله وقال الشافعي لا يجوز البيع لان
المبيع مجهول اذ لم يعرف منه الا الاسم فصار كما اذا لم يشر اليه ولا الى مكانه او هو معدوم لما ذكرنا وقد نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان اي ما ليس بحاضر عند المتبايعين مرئي للمشتري ولنا
قوله عليه السلام من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لانه اذا لم يوافقه
رده فصار كجهالة الوصف في المشاهد المعاين والمراد بالنهي عن بيع ما ليس عند الانسان ما ليس في
ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها
منه ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشتريها فاسلمها اليه فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك واجمعنا
على انه لو باع عينا حاضرة غير مملوكة له لا يجوز وان ملكها فيما بعد ولو كان كما زعم لجاز ولو باع عينا
غائبة وكان المشتري رآها جاز فبطل زعمه طردا وعكسا وقوله وان رضي قبله متصل بما قبله اي له
الخيار اذا رآه وان رضي قبل ان يراه لان الخيار معلق بالرؤية على ما روينا فلا يثبت قبله ولان الرضا بالشيء
قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف فسخه حيث يعتبر قبل الرؤية لكونه
عقدا غير لازم فينفسخ لذلك لا بموجب الخيار والله اعلم قال ولا خيار لمن باع ما لم يره وكان ابو حنيفة اولا يقول
له الخيار لان لزوم البيع برضا المتعاقدين فاذا انتفى رضا احدهما لعدم الرؤية يتخير كما لو رضي الاخر اذ لا يثبت
به الملك ولا يزول به الا بالرضا وهو بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية ولانه خيار يثبت لاحد المتعاقدين
فوجب ان يثبت للاخر اعتبارا بخيار الشرط وخيار العيب ثم رجع عنه وقال الشافعي في وجه الله لا يجوز ما لم
يره اصلا قولا واحدا ولنا الرجوع اليه ان عثمان بن عفان باع ارضا بالبصرة من عبد الله فقيل لطلحة
طلحة بن

انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم ار وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني
بعت ما لم ار فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
من غير نكير فكان اجماعا ولان خيار المشتري فيما لم يره فلا يثبت دونه ولان خيار الرؤية انما يثبت للمشتري
باعتبار انه يظنه خيرا مما راى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه ولو رده البائع لرده باعتبار انه
ازيد مما ظنه والخيار لا يثبت بمثله وهو ما لو باع عبدا على انه معيب فاذا هو سليم لا يثبت للبائع فيه الخيار ۝
قال ويبطل بما يبطل خيار الشرط اي يبطل خيار الرؤية بما يبطل به خيار الشرط من التصريح والدلالة
ومراده بعد الرؤية واما قبلها فلا يسقط وان صرح به الا في ضمن بعض التصرفات لتعذر الفسخ على ما يأتي
وقال بعضهم اذا راه وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره ولزم البيع وان لم يوجد منه الاجازة صريحا
ولا دلالة لان سبب ثبوت هذا الخيار جهالة اوصاف المبيع بدليل انه لو راه قبل العقد لا يجوز له الخيار
والجهالة تزول بالرؤية والخيار يسقط بزوال سببه كخيار العيب يسقط بزوال العيب وكان ينبغي ان لا
يملك فسخه بعد الرؤية متصلا بها لزوال سببه الا انه ملك الفسخ لدفع الضرر عن نفسه للضرورة وهذه
الضرورة تزول بقدر ما يتمكن من الفسخ والصحيح انه مطلق غير موقت بالزمان فيكون له الفسخ في جميع
عمره ما لم يسقط بالقول او بفعل يدل على الرضا به نص عليه ابن رستم وكذا ذكره محمد في الاصل لان النص
ورد باثبات الخيار مطلقا والعبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى مع ان جهالة الوصف ليست
بعلة لثبوت هذا الخيار لانه لم يثبت له الخيار قبل الرؤية لتعلقه بالرؤية فكذا لا يتوقف اطلاقه
عن الوقت والتقييد به يكون زيادة وهو نسخ فيمتد الى ان يوجد منه ما يسقطه وهو التصرف به او
التعيب او تصرف لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة
لوجود الرضا منه صريحا او دلالة وكذا لو كانت هذه التصرفات قبل الرؤية يسقط بها الخيار لتعذر
الفسخ وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله
قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا بعد العلم وكذا اذا
قبضه بعد الرؤية يبطل خياره لانه يدل على الرضا ولانه موكد لحكم العقد فشابه البيع ولو كان البيع
بشرط الخيار للمشتري فهو كالمطلق حتى يسقط به الخيار قبل الرؤية لانه بات مطلق من جانبه ولو اشترى
ارضا فاذن للاكرة ان يزرعها قبل الرؤية فزرعها بطل لان فعله بامره فعله والله اعلم **قال**
وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق والدابة وكفلها وظاهر الثوب المطوي وداخل الدار لان رؤية
ما يستدل به على المقصود حتى لتعسر رؤية الجميع ورؤية هذه المواضع من هذه الاشياء يقع بها العلم
بالمقصود فلا معنى لاشتراط رؤية غيرها ولو دخل في المبيع اشياء فان كان لا يتفاوت احاده كالمكيل والموزون
وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفي برؤية بعضه لجريان العادة بالاكتفاء بالبعض في الجنس الواحد ولوقوع
العلم به بالباقي الا اذا كان الباقي اردى فيكون له الخيار فيه وفيما راى كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل
التمام لان مع الخيار لا يتم وان كان احاده يتفاوت وهو الذي لا يباع بالنموذج كالثياب والدواب
والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد من افراده لانه برؤية بعضها لا يقع العلم بالباقي للتفاوت والجوز
والبيض من هذا القسم فيما ذكره الكرخي لتفاوت احاده فلا يستدل برؤية بعضه على غيره من جنسه وقال

صاحب الهداية ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة فاذا ثبت هذا نقول النظر الى
وجه الصبرة كاف لانه يعرف به وصف الباقي لما ذكرنا وكذا النظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعلم البقية
الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم لان قيمته تختلف باختلافه وقال زفر لا بد من رؤية ظاهر
الثوب ولا بد من نشره كله لانه ليس من ذوات الامثال فلا يعرف كله برؤية بعضه قلنا قلما يتفاوت جوانب
ثوب واحد فيمكن الاستدلال بالبعض على البعض منه والوجه هو المقصود من الادمي ولهذا يتفاوت قيم
الرقيق بتفاوته وسائر الجسد تبع له والكفل من الدواب فلا بد من رؤيتهما وشرط بعضهم مع ذلك
رؤية القوائم وعند محمد رحمه الله رؤية الوجه كاف كالادمي وفي شاة اللحم لا بد من الجس لانه به يظهر
السمن والهزال ويعرف به كثرة اللحم وقلته وفي شاة القنية لا بد من معرفة ضرعها وفيما يطعم لا بد
من الذوق وفيما يشم لا بد من الشم وفي جوف الغازي لا بد من سماع صوتها لان العلم بالشيء يقع باستعمال
آلة ادراكه فلا يسقط خياره حتى يدركه وجعل في المختصر رؤية خارج الدار ورؤية داخلها لانه يستدل
به على الباقي وفي عامة الروايات اذا راى صحن الدار يسقط خياره لما ذكرنا في خارجها وقال زفر لا بد من
رؤية داخل البيوت وهو الاصح لان بيوتها الشتوية والصيفية والعلوية والسفلية ومرافقها ومطبخها
وسطوحها تختلف فلا بد من رؤية ذلك كله في الاظهر لان كلا منها مقصود فالنظر الى الخارج او الى الصحن
لا يوقع العلم بهذه الاشياء وما ذكره في الكتاب مبني على عادة اهل الكوفة في ذلك الزمان فان دورهم كانت
على تقطيع واحد ولم يختلف الا في الكبر والصغر وفي كونها جديدة او عتيقة وذلك يظهر برؤية بعضها
فافتوا به لذلك واما اليوم فبخلافه فلا يكتفي به ورؤية اشجار البستان يكتفي بها لوقوع العلم بها
ولو راى دهنا في قارورة من خارجها لا يبطل خياره في المروي عن ابي حنيفة ومحمد وعن محمد انه يبطل ۝
قال ونظر وكيله بالقبض كنظره لا نظر رسوله وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يكون كنظره حتى لا يسقط
خيار الموكل بنفسه لانه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط
فانه لا يقدر على اسقاطهما فكذا هذا واقرب منه انه لا يقدر على اسقاطه قصدا بان قبضه مستورا ثم اسقط
الخيار بعده او كان راه من قبل فان خيار الموكل لا يسقط به ضمنا بالقبض لما ذكرنا ولابي حنيفة رحمه الله
انه وكله بالقبض واقامه مقام نفسه فيه والقبض على نوعين قبض تام وهو ان يقبضه وهو يراه ۝
وناقص وهو ان يقبضه مستورا لانه اذا قبضه مستورا الخيار باق على حاله حتى يراه ولا تتم الصفقة
مع بقاء الخيار فكان ناقصا والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهت
الوكالة بالقبض الناقص فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك لكونه اجنبيا بعد انتهاء الوكالة وهذا لانه
يملك القبض والقبض يتضمن السقوط لكونه كاملا ضرورة فاذا انفصل السقوط عن القبض بان كان بعده
قصدا او قبله بالرؤية لا يملكه او لم يوكله الا بالقبض وهذا بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة
فلا يتنوع القبض معه وبخلاف خيار الشرط لانه لا يسقط بقبض الموكل فلا يتصور فيه القبض التام فكذا
بقبض الوكيل وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم
اذا كان رسولا في الشراء او البيع والفرق بين التوكيل والارسال ان يقول في التوكيل كن وكيلا في القبض
وفي الارسال كن رسولا عني او امرتك بقبضه وبقوله ونظر وكيله بالقبض احترز به عن الوكيل بالشراء

فان نظره بالاجماع كنظر الموكل بعد القبض لما فيه من الاحلاف ولم يعقد الرسول به لان نظره لا يكون
كنظر المرسل مطلقا سواء كان الرسول بالقبض او بالشرا قال وصح عقد الاعمى ويسقط خياره اذا
اشترى بجس المبيع وشمه وذوقه وفي العقار بوصفه اما صحة عقده فلانه مكلف محتاج فصار كالبصير
واما سقوط خياره بما ذكره فلان هذه الاشيا تفيد العلم لمن استعملها على ما بينا في البصير وقوله يسقط
خياره بجس المبيع الى اخره محمول على ما اذا وجد الجس منه قبل الشرا واما اذا اشترى قبل ان يجس لا يسقط خياره
بل يثبت باتفاق الروايات لما روينا ويمتد الى ان يوجد منه ما يدل على الرضا من قول او فعل في الصحيح
على ما بينا والاكتفا بالوصف في العقار لانه لا سبيل له الى معرفته الا به والوصف قد يقام مقام الرؤية
في حق البصير كما في السلم حتى لا خيار له فيه بعد ما وصف له فجاز في حقه وعن ابي يوسف
انه اشترط مع ذلك ان يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه منه لان التشبه يقام مقام الحقيقة عند العجز
كتحريك الشفتين اقيم مقام القراة في حق الاخرس في الصلاة واجرا الموسى على راس المحرم بالحج او العمرة عند
التحلل وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه له وهو يراه وهو اشبه بقول ابي حنيفة رحمه الله لان رؤية
الوكيل كرؤية الموكل عنده على ما بينا وقال بعض ائمة بلخ يشترط مس الحيطان والاشجار مع الوصف
وان ابصر بعد الوصف وبعد ما وجد منه ما يدل على الرضا فلا خيار له لان العقد تم به وانبرم فلا ينتقض
بعد ذلك الا برضاهما ولان خياره قد سقط به فلا يعود ولو اشترى البصير ثم عمي قبل الرؤية انتقل الى
الوصف لوجود العجز قبل العلم به قال ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الاخر له ردهما
لان رؤية احدهما لا تغني عن رؤية الاخر للتفاوت فيبقى خياره فيما لم يره فيجوز رده لما روينا وليس له
ان يرده وحده لنهيه عليه السلام عن تفريق الصفقة فيردهما جميعا ضرورة ولا يقال خياره ثبت
بالنص فيما لا يراه وفي منع الفسخ فيه وحده ابطال له فكان باطلا لانا نقول نحن لا نمنع خيار الفسخ فيه وانما
نقول اذا اختار الفسخ فسخ فيه وفي الاخر احترازا عن التفريق فكان فيه عملا بوجهيه وفيه جمع بين
الحديثين لان الذي لم يره يرده بالحديث الاول والذي رآه بالثاني لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية
والرؤية قبل القبض وبعده لخلل في الرضا بالعقد وهو الصفقة كما لا تتم بالايجاب وحده لعدم رضا
الاخر بالصفقة وكذا لا تتم مع خيار العيب قبل القبض لان العقد غير تام قبل القبض اذ لا يفيد
ملك التصرف وليس له ان يفرق في القبض كما لا يفرق في القبول وبعد القبض لا يمنع تمام الصفقة
لانهما قد رضيا بالعقد على صفة السلامة وهي ثابتة ظاهرا فلزم وتم ولهذا افاد العقد فيه ملك
الرقبة والتصرف ولو كان في رضاهما خلل لما افاد تحققه ان خيار العيب ثبت لفوات بعض اوصاف
المبيع وفوات بعض المبيع نفسه لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض حتى يملك التصرف فيه فهذا اولى
فالتفريق بعد ذلك لا يضر لانه تفريق في الفسخ لا في التمام بل بعد تمامه الا الفسخ ولهذا لا يملك احدهما
الفسخ به بعد القبض بل يفسخ بقضاء القاضي او بالتراضي ولو كان يمنع التمام لملكه كما في خيار
الشرط وخيار الرؤية وصار نظير القبول في الابتداء به كما صار نظيره فيه قال
ولا يورث كخيار الشرط اي لا يورث خيار الرؤية كما لا يورث خيار الشرط لان الخيار ثبت بالنص
للعاقد والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له ولان الخيار وصف له فلا يجري فيه الارث على ما بينا ٥

قال ومن اشترى ما رآه خير ان تغير والا لا اي ان لم يتغير لا يخير لان العلم بالمبيع قد حصل بالرؤية
الاولى وقد رضي به ما دام على تلك الصفة الا اذا لم يعلم عند العقد انه كان رآه من قبل فحينئذ له
الخيار لعدم رضاه لان الرضا بدون العلم لا يتصور وانما يخير اذا وجده متغيرا لان تلك الرؤية
لم تقع معلمة له باوصاف المبيع فصار كانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه لان
الظاهر يشهد له اذ الاصل بقاء ما كان على ما كان وكذا سبب اللزوم قد ظهر فلا يصدق في دعواه التغير
الا ببينة الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهد له الا ترى ان الجارية الشابة تكون عجوزا بطول
الزمان قال رحمه الله وللمشتري لو في الرؤية اي لو اختلفا في الرؤية كان القول قول المشتري
لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول له مع يمينه قال ولو اشترى عدلا وباع منه
ثوبا او وهب رد بعيب لا بخيار رؤية او شرط لان الرد قد تعذر فيما اخرجه عن ملكه ولا يمكنه ان
يرد الباقي بخيار الرؤية والشرط سواء كان قبل القبض او بعده لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام لانهما
يمنعان تمام الصفقة على ما ذكرنا وفي خيار العيب يملك التفريق بعد القبض على ما بينا وفيه وضع المسألة
فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية لارتفاع المانع من الرد وهو تفريق الصفقة كذا
ذكره شمس الائمة رحمه الله وعن ابي يوسف انه لا يعود لان الساقط لا يعود كخيار الشرط وعليه اعتمد
القدوري رحمه الله بخلاف ما اذا وهب عبد المديون من له الدين او عبده الجاني من ولي الجناية
حتى سقط الدين والجناية ثم رجع في الهبة حيث يعودان عند ابي يوسف خلافا لمحمد والعذر لابي يوسف
ان خيار الرؤية اضعف منهما والله اعلم ٥

باب خيار العيب ٥

وهو ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة قال من وجد بالمبيع عيبا اخذه بكل الثمن او رده لان
مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب فان السلامة كالمشروطة في العقد صريحا لكونها مطلوبة عادة
فعند فواتها يتخير كيلا يتضرر بالزام ما لا يرضى به كما اذا فات الوصف المرغوب فيه المشروط في العقد
كمن اشترى عبدا على انه خباز ونحوه فوجده بخلاف ذلك ولكون السلامة كالمشروطة في العقد لا يحل
له ان يبيع المعيب حتى يبين عيبه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لمسلم باع من اخيه بيعا وفيه عيب الا بينه
له رواه ابن ماجة واحمد وابن ماجة واحمد بمعناه ومر عليه السلام برجل يبيع طعاما فادخل يده فيه
فاذا هو مبلول فقال من غشنا فليس منا رواه مسلم وغيره وكتب عليه السلام كتابا بعد ما باع فقال
فيه هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبدا
او امة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم للمسلم رواه ابن ماجة والترمذي فاذا اختار الاخذ اخذه
بجميع الثمن ولا ينقص من الثمن شيئا لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد لكونها تبعا فلا يجوز اصلا
ولا من احتماله بخلاف ما اذا صارت مقصودة بالاتلاف بان حدث العيب بفعل البائع بعد البيع قبل القبض
حيث يسقط من الثمن حصته اذا اختار الاخذ لان الاوصاف تكون لها حصة بالاتلاف قصدا والمراد به
عيب كان عند البائع وقبضه المشتري من غير ان يعلم به ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا به بعد
العلم بالعيب قال وما اوجب نقصان الثمن عند التجار عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص
القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله قال كالاباق والبول في الفراش والسرقة لانها توجب

نقصان العقل عندهم ثم اذا وجد شيء من هذه الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا وان كان مميزا يكون
عيبا ويزول بالبلوغ فان عاوده بعد البلوغ يكون عيبا حادثا غير الاول لزوال الاول بالبلوغ
فلو كان يختلفان لاختلاف سببهما فان البول قبل البلوغ لضعف في المثانة وبعده لداء في البطن والاباق
قبل البلوغ لحب اللعب والسرقة قبل البلوغ لقلة المبالاة وهما بعده لخبث في الباطن حتى لو وجد شيء منها
عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند المشتري بعد البلوغ ليس له ان يرده لزوال الاول بالبلوغ ولو وجد
عند البائع قبل البلوغ ووجد عند المشتري ايضا قبل البلوغ يرده به ما لم يبلغ لاتحاد السبب وكذا اذا
وجد عند البائع بعد البلوغ ووجد عند المشتري ايضا بعد البلوغ يرده لما ذكرنا والسرقة لا تختلف
بين ان يكون من المولى او من غيره الا اذا سرق من المولى شيئا للاكل فانه لا يكون عيبا فان النقصان جا
من المولى حيث احوجه اليه وان سرق طعاما من المولى للبيع يكون عيبا لانه لا يأتمنه في حفظ ماله
ولو سرق الشيء اليسير كالفلس والفلسين لا يكون عيبا ولو نقب البيت يكون عيبا وان لم يأخذ
وفي الاباق اذا خرج من البلد يكون عيبا بالاتفاق ان ابق من المولى او من رجل كان عنده بالاجارة او عارية
او وديعة بخلاف ما اذا ابق من الغاصب الى المولى او الى غيره اذا لم يعرف منزله او لم يقو على الرجوع اليه
وان لم يخرج منه اختلفوا فيه والاشبه ان يقال ان كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا وان كانت
صغيرة بحيث لا يخفى عليه اهلها وبيوتها لا يكون عيبا **قال** والجنون لما ذكرنا وهو فساد في الباطن لان
العقل معدنه القلب وشعاعه في الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع وهو لا يختلف باختلاف السن
حتى لو وجد عند البائع في صغره وعاوده عند المشتري بعد الكبر يرده لانه عين ذلك الاول ولا يشترط
المعاودة عند المشتري بل اذا ثبت انه كان يجن عند البائع رده وان لم يعاوده في يد المشتري لانه
قل ما يزول والصحيح انه لا يرده حتى يعاوده عنده لان الله تعالى قادر على ازالته فلا بد من المعاودة
ومقداره ان يكون اكثر من يوم وليلة وما دونه لا يكون عيبا وقال بعضهم المطبق عيب وما دونه لا يكون
عيبا **قال** والبخر والدفر والزنا وولده في الجارية يعني هذه الاربعة يكون عيبا في الجارية دون
الغلام لانه يخل بالمقصود فيها وهو الاستفراش وطلب الولد لا في الغلام لان المطلوب منه الاستخدام
وهذه الاشياء لا تخل به لانه يستخدمه من بعد وكونه ابخر او ادفر او زانيا او ولد زنا لا يمنعه منه الا
ان يكون فاحشا بحيث يمنع القرب من المولى او يكون الزنا عادة له لان الفاحش من الدفر والبخر يكون
داء وهو عيب واتباع النساء يشغله عن الخدمة وذلك بان يتكرر منه الزنا اكثر من مرتين والعبرة
فيها لا بد لها من المعاودة عند المشتري حتى يرد الا الزنا في الجارية فانه روي عن محمد في الامالي لو
اشترى جارية بالغة وقد كانت زنت عند البائع فللمشتري ان يردها وان لم تزن عنده لان ذلك لحوق العار
بالاولاد وفي نوادر بشر عن ابي يوسف رجل اشترى جارية فابقت عنده ثم وجدها واستحقها
مستحق ببينة بعيب الاباق لازم لها ابدا وهذا نص على ان الاباق ايضا لا يشترط معاودته فعلى
هذا يرجع المستحق بنقصان العيب عليه وان لم يعاودها عنده وكذا من اشترى منه يردها عليه به
من غير معاودة عنده والاول هو الظاهر وقد ذكرنا وجهه وقال الشافعي رحمه الله الزنا في الغلام
عيب كالسرقة قلنا لا تنقص قيمته بالزنا ولا يعد عيبا عادة الا اذا اكثر منه بخلاف السرقة فان

المولى يشق عليه حفظ ماله عنه وكذا حده اعظم وهو قطع اليد من حد الزنا وهو الجلد **قال**
والكفر يعني في الغلام والجارية هو عيب لان طبع المسلم ينفر عن صحبته للعداوة الدينية ولا يجوز اعتاقه
عن كفارة القتل ويختل الرغبة فيه ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زال العيب وقال
الشافعي رحمه الله يرده لفوات الوصف المرغوب فيه لان استخدام الكافر واذلاله مطلوب للمسلم والحجة
عليه ما ذكرناه **قال** وعدم الحيض والاستحاضة لان ارتفاعه واستمرار الدم امارة الداء ولهذا
لان الحيض مركب في بنات آدم فان لم تحض فالظاهر انه لداء فيها فذلك الداء هو العيب وكذا الاستحاضة لداء
فيها ولا تسمع دعواه بانه ارتفع الا اذا ذكر سببه وهو الداء او الحبل فان لم يذكر احدهما لا تسمع دعواه
ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة ويعرف ذلك بقول الامة
لانه لا يعرفه غيرها ويستحلف البائع مع ذلك ان كان بعد القبض ويقبل قوله وان كان قبله فكذلك في
الصحيح وعن ابي يوسف رحمه الله يرد بلا يمين البائع لضعف البيع قبل القبض حتى يملك المشتري الرد
بلا قضاء وصح الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية لا يقبل قول الامة فيه ذكره
في الكافي ولو ادعى انقطاعه في مدة قصيرة لا تسمع دعواه وفي المديد تسمع واقلها منه ثلاثة اشهر عند
ابي يوسف واربعة اشهر وعشر عند محمد وعن ابي حنيفة وزفر انها سنتان وجملة الامر فيه انه اذا ادعى
انقطاعه واحتج دعواه على ما ذكرنا سأل القاضي البائع فان اقر بما ادعاه المشتري ردها على البائع
وان انكر قيام العيب للحال وهو الانقطاع لا يحلف عند ابي حنيفة على ما يجيء ان شاء الله تعالى وان اعترف به
في الحال وانكر انه كان عنده يحلف فان حلف بريء وان نكل رد عليه وان اقام المشتري البينة على ان
الانقطاع كان عند البائع قال في الكافي لا تقبل لانهم لا يعرفون انقطاعه فيتيقن القاضي كذبهم بخلاف
ما اذا شهدوا انها مستحاضة لان الاستحاضة درور الدم فيطلع عليه وذكر في النهاية معزيا الى فتاوى
الفضلي ان المرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء الى قول الاطباء واشترط لثبوت العيب فيهما قول عدلين
منهم وقال بخلاف ما لم يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول امرأة واحدة ثم ذكر بعده مثل ما ذكر في الكافي
وعزاه الى الفوائد الظهيرية ثم اذا ثبت العيب بقول المرأة يحلف البائع على انه لم يكن عنده لان المشتري
لا يرد بعيب حادث عنده وانما يرد بعيب كان عند البائع فلا بد من اليمين **قال** والسعال القديم لانه
داء وامنه يدل على الداء وتنتقص بسببه قيمته قال والدين لان ماليته تكون مشغولا به ويتقدم الغرماء
على المولى **قال** رحمه الله والشعر والماء في العين لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى **قال**
فلو حدث آخر عند المشتري رجع بنقصانه او رده برضا بائعه اي لو حدث عند المشتري عيب واطلع على
عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان وليس له ان يرده الا برضا البائع لان بالرد اضرارا بالبائع
لانه خرج عن ملكه سالما عن العيب الثاني ولا بد من دفع الضرر عنهما فتعين الرجوع بالنقصان الا ان
يرضى البائع باخذه لانه رضي بالتزام الضرر فيخير المشتري حينئذ ان شاء رده وان شاء رضي به وليس
له ان يرجع بالنقصان بعد ما رضي البائع به لزوال الموجب لذلك وهو امتناعه من جهته بخلاف
ما اذا خاط الثوب قميصا ثم اطلع على عيب حيث يرجع عليه بالنقصان وليس له ان يأخذ الثوب لان
امتناع الرد هناك لحق الشرع فلا يلزم الربا فلا يقدر على اسقاطه وهنا امتنع لحق البائع فيسقط

باسقاطه ولا يقال ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فكيف يرجع عليه بالنقصان لانا نقول اذا صارت مقصودة تقابلها وتصير مقصودة باحد امرين اما بالاتلاف حقيقة كما اذا قطع البائع يده قبل القبض فانه يسقط من الثمن بقدره وهو النصف واما بالمنع حكما اذا امتنع الرد لحقه او لحق الشارع وهذا لان الجزء الفائت صار حقا للمشتري بالعقد ووجب عليه تسليمه فاذا عجز صار مانعا لذلك الجزء حكما فيرد عليه المبيع ان امكن دفعا للضرر عنه ولا يرجع عليه بالنقصان لاندفاع الضرر به وان لم يمكن يرجع عليه بحصته من الثمن وصار له حصة من الثمن لكونه مقصودا بالمنع حكما فاعتبر الحكمي للضرورة عند تعذر دفع الضرر عنه بغيره وطريق معرفته ان يقوم وبه هذا العيب ثم يقوم وهو سالم فاذا عرفا التفاوت بين القيمتين يرجع عليه بحصته من الثمن حتى اذا كان عشر القيمة مثلا رجع عليه بعشر الثمن وان كان نصفا فبنصفه وقال مالك يرد المشتري المبيع ويرد معه نقصان العيب الحادث عنده لان رد البدل عند تعذر رد المبدل كرده فصار كما اذا رد الكل المبيع فيرجع عليه بكل الثمن ولنا ان حق الرد ثبت للمشتري ليدفع به الضرر عن نفسه على وجه لا يتضرر به البائع وبعد ما تعيب عنده لو رده لتضرر به البائع لانه خرج عن ملكه سليما عن العيب الحادث عنده ويعود اليه معيبا به فلا يلزمه وضرر المشتري امكن دفعه بالرجوع عليه بحصته من الثمن فلا يصار اليه اصلا ثم لو رضي البائع باخذ المبيع بعيبه فقد التزم الضرر باختياره وليس له ان يرجع على المشتري كما لا يرجع المشتري بشيء على البائع اذا رضي باخذ المعيب ولا يقال مراعاة حق المشتري اولى عند تعارض الحقين لان البائع دلس عليه وصار مغرورا من جهته فيرجح مراعاة جهته لذلك لانا نقول ذلك معصية منه والمعصية لا تنافي عصمة مال العاصي الا ترى ان من غصب ثوبا فخاطه او صبغه لا يسقط عصمة صبغه

قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لان القطع عيب حادث وقد بينا انه يمنع الرد ويوجب الرجوع بالنقصان بخلاف ما اذا اشترى ثمرا فخره فوجده فاسدا حيث لا يرجع بالنقصان عند ابي حنيفة رحمه الله والفرق له ان الخرق افساد للمال لانه يصير به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع السارق بسرقته فاختل قيام ماليته بفعله فصار كاتلافه كما اذا كان عبدا او طعاما فقتله او اكله قال وان قبله البائع كذلك له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به بخلاف ما اذا كان الامتناع لزيادة فيه حيث لا يكون له اخذه لان الامتناع لحق الشرع على ما بينا قال وان باعه المشتري لم يرجع بشيء لانه صار حابسا له بالبيع اذ الرد غير ممتنع بالقطع برضى البائع على ما بينا فكان مفوتا للرد بخلاف ما اذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصر حابسا له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالعيب وبيعه بعد امتناع الرد لا تاثير له قال فلو قطعه وخاطه او صبغه او لت السويق بسمن فاطلع على عيب رجع بنقصانه كما لو باعه بعد رؤيته العيب يعني باعه في هذه الصور وانما رجع بالنقصان لتعذر الرد بسبب الزيادة اذ الفسخ في الاصل بدون الزيادة لا يمكن لانها لا تنفك عنه ومع الزيادة ايضا لا يمكن لان العقد لم يرد عليها فكيف الفسخ اذ هو لا يرد الا على ما ورد عليه العقد والا لما كان فسخا ولو اخذه لكان ربا ايضا على ما بيناه فاذا امتنع الرد بسبب الزيادة

لانا

لانا ثبت البيع للامتناع قبلها فلا يصير به حابسا بخلاف القطع من غير خياطة على ما ذكرنا وبخلاف ما اذا زاد المبيع زيادة متصلة كالسمن والجمال حيث لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية ويصير بالبيع بعدها حابسا له لان الزيادة في مثلها تبع محض لكونها وصفا له فلا يمنع الفسخ وحاصله ان الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة فالمتصلة ضربان متولدة من الاصل كالجمال وغير متولدة منه كالصبغ وقد ذكرنا حكمها والمنفصلة ايضا نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر واللبن ونحو ذلك فانه يمنع الرد لانه لا وجه الى الفسخ فيها مقصودا لان العقد لم يرد عليها ولا تبعا لانفصالها ولا الى الفسخ في الاصل وحده بدون الزيادة لانه يؤدي الى الربا لان المشتري اذا رد المبيع واخذ الثمن بقي الزيادة في ملكه بلا عوض والنوع الثاني من هذا النوع زيادة غير متولدة من الاصل كالكسب فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا فسخ يسلم للمشتري مجانا لانه ليس بمبيع بخلاف ما لانه متولد من المنافع والمنافع ليست بجزء للعين ولهذا لا يمنع الكسب الحاصل في الجزية والكتابة والتدبير والاستيلاد حتى لا يكون اشباههم مثلهم ولا يلزم من حصولها للمشتري ان يكون مجانا لانه ليس بجزء للمبيع فلم يملكه بالثمن وانما ملكه بالضمان وبمثله يطيب الربح لما روي انه عليه السلام قضى ان الخراج بالضمان رواه مسلم والبخاري وغيرهما وفي رواية ان رجلا ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا فرده بالعيب فقال البائع غلة عبدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم الغلة بالضمان رواه احمد وابو داود وابن ماجه فاذا ثبت هذا فنقول ان كل موضع يكون المبيع فيه قائما على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فاخراجه عن ملكه يمنع الرجوع بالنقصان لكونه مفوتا له وكل موضع يكون المبيع قائما فيه ولا يمكنه الرد وان رضي به البائع فاخراجه عن ملكه لا يمنع الرجوع بنقصان العيب لانه لم يصر مفوتا بالاخراج لكونه ممتنعا قبله ولهذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم وجد به عيبا لا يرجع بنقصان العيب لانه صار مملكا قبل الخياطة في وقت لا يمتنع الرد ولو كان الولد كبيرا يرجع بالعيب لانه لم يصر مملكا له الا بتقبيضه اذ لا ولاية له عليه فحصلت الخياطة من غير علم بالعيب في ملك الاب فامتنع الرد به ثم حصل التمليك بعد ذلك بالتسليم فلا يمنع الرجوع كالنقصان قال او مات العبد او اعتقه اي في الخياطة ونحوها لا يمنع الرجوع بنقصان العيب كما لا يمنع البيع بعد الزيادة على ما تقدم وكذا لا يمنع موت العبد واعتاقه اما الموت فانما لا يمنع فلان الملك ينتهي به لان الملك في محل الحياة ثبت باعتبارها فينتهي بانتهائها وامتناع رده على البائع حكمي لا بفعل من المشتري فلا يمنع الرجوع بالنقصان واما الاعتاق فالمراد به اعتاق وجد منه قبل العلم بالعيب وان اعتقه بعد العلم به فلا يرجع بالنقصان لان اقدامه على الاعتاق يدل على رضاه به والقياس فيه الا يرجع بالنقصان وان كان قبل العلم بالعيب وهو قول الشافعي لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل وجه الاستحسان ان الاعتاق انهاء للملك لان الملك في الادمي ثبت على منافاة الدليل الى غاية العتق والشيء ينتهي بمضي مدته والمنتهي متقرر في نفسه فيجعل كان الملك فيه باق وتعذر رده ولهذا يثبت الولاء بالعتق وهو من اثار الملك فبقاؤه كبقاء الملك والتدبير والاستيلاد كالاعتاق لتعذر الرد فيهما بالامر الحكمي مع بقاء الملك حقيقة ولو اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وهو كحبس المبدل وعن ابي حنيفة انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان

بعوض ولان العوض في المعوض ملكه فكان كالعتق بلا عوض وفي الكتابة مثل الاعتاق على مال لحصول العوض
فيهما كالبيع وان عجز المكاتب ينبغي ان يرده بالعيب لزوال المانع وهذا كما قلنا اذا ابق العبد المبيع
ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان الرجوع خلف عن الرد فلا يصار الى الخلف ما دام حيا لان
رجوعه موهوم فيمكن رده فاذا رجع رده لزوال المانع ولو اشترى المكاتب اباه او ابنه ثم اطلع على
عيب لا يرده لانه تكاتب عليه فلا يتمكن من اخراجه عن ملكه ولا يرجع بالنقصان لانه خلف عن الرد ولم
يقع الياس عنه بخلاف التدبير والاستيلاد ولو عجز المكاتب يرده مولاه ويتولاه العبد لانه هو الذي
اشتراه فكان حقوقه اليه كما لو اشترى عبدا ثم عجز واطلع المولى على العبد عيبا فانه يرده ويتولاه
المكاتب لانه هو العاقد قال رحمه الله فان اعتقه على مال او قتله او كان طعاما فاكله او بعضه
لم يرجع بشيء اما العتق على مال فلما ذكرناه واما القتل فلان الرد امتنع بفعله وهو مضمون عليه وانما
سقط الضمان عنه باعتبار انه ملكه فصار كمستفيد به عوضا كالهالك من حيث دفع الضمان عن نفسه فصار
كأنه سلم له الضمان معنى الا ترى انه لو لم يكن ملكا له لوجب عليه ضمانه وعن ابي يوسف انه يرجع
بالنقصان لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء للملك
وجوابه ما ذكرنا وهذا بخلاف ما اذا صبغ الثوب او نحوه حيث يرجع بالنقصان مع امتناع
الرد بفعله لان هناك امتنع الرد بسبب زيادة المبيع لحق الشرع على ما بينا والعين قائم على حاله ولم
يحصل له عنه عوض فلم يوجد ما يمنع الرجوع فصار نظير الاستيلاد والتدبير والاعتاق واما اكل
الطعام فالمذكور هنا قول ابي حنيفة والقياس ان يرجع بالنقصان وهو قولهما لانه فعل في المبيع ما
يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وجه الاستحسان ان الرد قد تعذر بفعل مضمون
منه وانما سقط الضمان عنه باعتبار انه ملكه فصار كالاحراق بالنار وقتل العبد وكونه مقصودا
لا اثر له فيه الا ترى ان البيع مقصود بالشراء ومع ذلك يمنع منه والاصل في جنس هذه المسائل ان الرد
متى امتنع بفعل مضمون من المشتري كالقتل والتمليك من غيره امتنع الرجوع بالنقصان ومتى امتنع لا من جهته
او من جهته بفعل غير مضمون كالهلاك بآفة سماوية او انتقص او ازداد زيادة مانعة من الرد او الاعتاق
او توابعه كالتدبير والاستيلاد لا يمنع من الرجوع بالنقصان وان اكل بعض الطعام فكذا الجواب عنده
وليس له ان يرد الباقي ولا ان يرجع بنقصانه لانه شيء واحد فلا يرد بعضه دون بعض كما اذا باع
البعض وعندهما يرجع بنقصان العيب في الكل وليس له ان يرد الباقي لان الطعام شيء واحد فيتعيب
بالتبعيض واكل الكل لا يمنع الرجوع فالبعض اولى وعنهما انه يرد الباقي ويرجع بنقصان ما اكل لان
التبعيض لا يضره وان باع بعضه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لا في المزال عن ملكه ولا في الباقي
لان امتناع الرد بفعله وهو مضمون عليه وعند زفر يرجع بنقصان الباقي قال ولو اشترى
بيضا او قثاء او جوزا فوجده فاسدا ينتفع به رجع بنقصان العيب لان الكسر عيب حادث الا اذا رضي به
البائع لانه اسقط حقه وقال الشافعي اذا كسر منه مقدارا لا بد له منه للعلم بالعيب يرده لان البائع
سلطه عليه فكانه فعله بنفسه قلنا انه كسره في ملك المشتري لا في ملك نفسه فيجب رعاية حقهما
بالرجوع بنقصان العيب على ما بينا من قبل فصار كما لو باع ثوبا فقطعه ثم اطلع على عيب ولو علم بصفته

قبل الكسر رده لامكانه قال وان لم ينتفع به رجع بكل الثمن اي ان لم ينتفع به رجع بكل الثمن لانه ليس بمال فكان
البيع باطلا قالوا هذا يستقيم في البيض لانه لا قيمة لقشره وكذا في الجوز اذا لم يكن لقشره قيمة واما
اذا كان لقشره قيمة بان كان في موضع يوقد فيه قشره كما في موضع الزجاجين فقيل يرجع بحصة اللب ويصح
البيع في القشر بحصته لانه مال متقوم فصار محلا للبيع وقيل يرد القشر ويرجع بكل الثمن لان مالية
الجوز باعتبار اللب دون القشر فاذا لم ينتفع بلبه فات محل البيع فكان باطلا وان كان لقشره قيمة وهذا
اذا ذاقه فتركه فان تناول منه شيئا بعدما ذاقه فلا يرجع عليه بشيء لانه صار راضيا به اكلا للعيب وينبغي
ان يكون على الخلاف الذي ذكرنا في الطعام هذا اذا كسره من غير علم به ولو كسره بعد العلم به لا يرده ولا يرجع
بالنقصان لان كسره بعد العلم به دليل الرضا وقالوا هذا اذا وجده خاويا وان كان فيه قليل لب يأكله
بعض الفقراء ويصلح للعلف فهو من قبيل العيب وحكمه ما ذكرناه وقالوا في بيض النعامة اذا وجده فاسدا
بعد الكسر يرجع بنقصان العيب لان ماليته باعتبار القشر بخلاف غيره مما ذكرنا وان وجد البعض فاسدا
وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل من الفاسد عادة فلا يمكن التحرز عنه وذلك مثل
الواحد او الاثنين من كل مائة فليس له ان يخاصم البائع بسببه وان كان اكثر من ذلك اختلفوا فيه فقيل
باطل عند ابي حنيفة وعندهما يجوز بحصة الصحيح منه لانه بمنزلة ما لو فصل ثمنه لانه ينقسم ثمنه على اجزائه
كالمكيل والموزون لا على قيمته وقيل العقد لا يجوز عندهما لانه لم يفصل الثمن والاول اصح لما عرف من
قولهما قال رحمه الله ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرده على بائعه ولو برضى لا اي لو
اشترى شيئا ثم باعه فرد عليه بالعيب له ان يرده على بائعه ان كان رد عليه بقضاء لان الرد بالقضاء فسخ في
حق الكل فيكون كأنه لم يبعه وان كان الرد بالتراضي من غير قضاء القاضي لا يرده على بائعه وقيل في عيب
لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة يرده المشتري به على البائع الاول والاصح انه لا يرد عليه في الكل لان الفسخ
بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما بخلاف القاضي لان له ولاية عامة فينفذ
قضاؤه على الكل وهذا اذا كان الرد بعد القبض وان كان قبله فله ان يرد على بائعه وان كان بالتراضي
في غير العقار لان بيع المبيع قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا في حق غيرهما فجعل فسخا في
حق الكل على ما نبينه في الاقالة ان شاء الله تعالى وفي العقار اختلاف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله
والاظهر انه بيع جديد في حق البائع الاول لان العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس له ان يرده على
بائعه كأنه اشتراه بعدما باعه وعند محمد فسخ لانه لا يجوز بيعه قبل القبض عنده وعند ابي يوسف بيع
في حق الكل على ما عرف من مذهبه ولا فرق بين ان يكون قضاء القاضي ببينة او باقرار او بنكول لان
قضاءه فسخ في الكل وقال محمد لا يرد على بائعه ان رد عليه ببينة لانه انكر قيام العيب به فيكون اقرارا
منه على انه سليم قلنا قد صار مكذبا شرعا فبطل اقراره وقال زفر رحمه الله لا يرده على بائعه اذا
كان القضاء باقرار او نكول لان اقراره لا ينفذ في حق غيره فلا يكون حجة على بائعه فلا يصير فسخا في حقه
كالفسخ بالتراضي وهذا لان القاضي مضطر الى القضاء من جهته فانتقل الفعل اليه لان فعل المكره منسوب
الى المكره قلنا لا ينتقل فعل المكره الى المكره الا فيما يصلح آلة له كما في القتل فانه يمكنه ان يأخذه ويضرب
به واما فيما لا يصلح فلا ينتقل اليه كما في الاكراه على الطلاق والعتاق لانه يوقعهما بكلامه والمكره لا يصلح

ان يكون آلة له فيه اذ لا يقدر ان يتكلم بلسان غيره والقاضي لا يصلح ان يكون آلة له فلا يستقبل اليه

فان قيل لما باشر سبب الفسخ وهو النكول او الاقرار بالعيب كان راضيا به بحكم السبب فلا يلزم بائعه **قلنا** المسئلة مفروضة فيما اذا اقر بالعيب وابى القبول فرده عليه القاضي جبرا والفسخ لا يثبت باقراره ولا بنكوله بل بقضاء القاضي ينفذ قضاؤه في حق الكافة فكان له ان يرده على بائعه لانه لما فسخ العقد بينهما عاد اليه قديم ملكه فصار كانه لم يخرج عن ملكه وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بالعيب بقضاء القاضي حيث يكون ردا على الموكل لان البيع فيه واحد وقد فسخ والموجود بيعان ففسخ احدهما لا يفسخ الآخر فاذا عاد قديم ملكه كان له ان يرده لظهور الفسخ في حق الكافة على ما بينا ولا يقال لو كان القضاء فسخا في حق الكافة لبطل حق الشفيع في الشفعة ولكان لاب البائع ان يدعي ولد المبيعة المولود عند المشتري قبل الفسخ او بعده فيما اذا كان المبيع جارية حبلى ولبطلت الحوالة بثمنه على المشتري لارتفاع العقد من الاصل فكانه لم يبع لانا نقول حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وهذه الاحكام وهو ثبوت حق الشفعة وسقوط دعوة الاب وبراءة ذمة المحيل كانت ثابتة قبل الفسخ بالبيع او بالحوالة فلا يسقط بالفسخ الا ترى ان الواهب اذا رجع في الهبة كان فسخا في حق ما يستقبل من الاحكام لا في حق ما مضى حتى لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من السنين وقال شيخ الاسلام قول القائل بان الرد بالقضاء فسخ للعقد وجعله كانه لم يكن متناقض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ ايضا كان لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ عاد العقد لانعدام ما ينافيه فيتمكن في هذه الدعوى دور وتناقض من هذا الوجه ولكن يقال يجعل العقد كان لم يكن في حق المستقبل دون الماضي **قال** ولو قبض المشتري المبيع وادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن او يحلف بائعه اي لم يجبر المشتري على دفع الثمن بمجرد دعوى العيب لاحتمال ان يكون صادقا فيه فلا يجب عليه دفع الثمن لانه لو اجبر واخذ الثمن منه فربما يثبت المشتري العيب فيسترد من البائع فيكون اشتغالا بما لا يفيد وفيه نقض القضاء فلا يصار اليه حتى يتبين حاله ولان المشتري ينكر وجوب دفع الثمن عليه حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب وكان وجوب دفع الثمن اولا ليتعين حق البائع فيه بازاء تعين حق المشتري في المبيع وقوله ولكن يبرهن اي يقيم البينة لاثبات العيب ومعناه اثباته بقيام البينة اولا ان العيب الذي يدعيه وجد بالمبيع عنده اي عند المشتري لانه اذا لم يوجد العيب عنده ليس له ان يرده بالعيب وان كان به عند البائع لاحتمال انه زال فاذا اقام البينة انه وجد فيه عنده يحتاج الى اقامة البينة على ان هذا العيب كان به عند البائع لاحتمال انه حدث عنده فلا يستحق عليه الرد فاذا اثبت انه كان به عند البائع فسخ العقد بينهما لثبوته في الحالين عنده وعند البائع وصورة التحليف ان يحلف البائع ان هذا العيب لم يكن فيه عندك وذلك بعد اقامة المشتري البينة انه وجد فيه عنده اي عند المشتري لان البائع لا ينتصب خصما حتى يقيم المشتري البينة على قيام العيب في الحال على ما بينا ولو لم يكن للمشتري بينة على وجود العيب عنده وقيامه في الحال هل يحلف المشتري فعلى قول ابي يوسف ومحمد يحلف لانه لو اقر به لزمه فاذا انكره يحلف ولان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا التحليف عند العجز عنها فان حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب للحال ثم يحلف ثانيا

على ان هذا العيب لم يكن فيه عنده فان حلف برئ وان نكل فسخ القاضي العقد بينهما لثبوت العيب في الحالين على ما بيناه في البينة واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة فقال بعضهم يحلف على ما ذكرنا وقال بعضهم لا يحلف وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب عنده ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين كما في الحدود والاشياء الستة وهذا لان البينة للالزام فلا يشترط فيها تقدم الدعوى واليمين لقطع الخصومة فلا بد من الدعوى الصحيحة وذلك بقيامه ولان التحليف شرع لدفع الخصومة المتحققة لا لانشائها ولو حلف البائع هنا لا تنقطع الخصومة بينهما بل تنشأ لانه اذا نكل ثبت قيام العيب به في الحال ثم تنشأ خصومة اخرى فيحلف ثانيا على انه لم يكن عنده على ما بينا ويرد على هذا مسئلة الشفعة وهي ان الشفيع اذا تقدم الى القاضي يطلب الشفعة فان القاضي يسأل المدعى عليه عن التي يشفع بها فان اقر بها ملكه صار خصما فيسأله هل ابتاع ام لا وان لم يقر ولم يكن للشفيع بينة انها ملكه استحلف المشتري ما يعلم انها ملكه فان نكل ثبت انها ملكه ثم تنشأ خصومة اخرى فان القاضي يسأله هل ابتاع ام لا وهنا التحليف لانشاء الخصومة ذكره القدوري ولم يحك فيه خلافا **قال** رحمه الله وان قال شهودي بالشام دفع ان حلف بائعه اي اذا قال المشتري شهودي في الشام استحلف البائع فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في دفع الثمن اليه كبير ضرر على المشتري لانه على حجته متى اقام البينة رد عليه المبيع واخذ الثمن منه وان نكل البائع لزم البيع لانه حجة فيه بخلاف الحدود حيث لا يجوز النكول فيها حجة ولهذا لم يحلف فيها وكيفية التحليف ما بيناه **قال** فان ادعى اباقا لم يحلف بائعه حتى يبرهن المشتري انه ابق عنده فان برهن حلف بالله ما ابق عندك قط اي اذا ادعى المشتري ان العبد الذي اشتراه ابق فانكر البائع واراد المشتري تحليفه لا يحلف البائع حتى يقيم المشتري بينة انه ابق عند نفسه فان اقام حلف لما ذكرنا ان البائع لم ينتصب خصما حتى يثبت المشتري ان العيب وجد فيه عند المشتري وهذا قول ابي حنيفة وعندهما يحلف وقد بيناه آنفا **وقوله** ما ابق عندك فيه ترك النظر للمشتري والاحوط ان يحلف بالله ما ابق قط او بالله ما يستحق عليك الرد من الوجه الذي ذكره او بالله لقد سلمه وما به هذا العيب لانه يحتمل انه باعه وقد كان ابق عند غيره وبه يرد عليه وفيما ذكره ذهول عنه ولو كانت الدعوى في اباق العبد الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر يزول بالبلوغ فلا يوجب الرد على ما بيناه من قبل ولا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب لانه قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو يوجب الرد وكذا لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتأول في اليمين عند قيامه في احدى الحالتين وهي حالة التسليم واعلم ان التحليف على البتات هنا وان كان التحليف على فعل الغير على العلم لان البائع يدعي تسليمه سليما فيكون مدعيا للعلم به فيحلف على ما يدعي الا ترى ان المودع لو قال ان المودع قبض الوديعة يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القبض فعل غيره وكذا الوكيل لو ادعى ان الموكل قبض الثمن يحلف على البتات لما قلنا وانما يحلف على العلم ان لو ادعى انه لا علم له به وهذا في العيوب التي لا تظهر للقاضي ولا يعرف انه حادث عند المشتري ام لا واما العيوب التي لا يحدث مثلها كالاصبع الزائدة

او الثابتة فان القاضي يقضي بالرد من غير تحليف لثبوته بوجوده عند البائع الا اذا ادعى البائع رضى
المشتري به واثبته بطريقه وحاصله ان العيوب انواع ان يكون ظاهرا للحاكم فحكمه ما ذكرناه
ما لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فمعرفته اذا انكر البائع بقول الاطباء فيقبل في قيام
العيب للحال وتوجه الخصومة قول واحد منهم عدل ثم لا بد من عدلين لاثباته عند البائع فيرد عليه اذا لم
يدع الرضا به عيوب لا يعرفها الا النساء كالرتق والعفل فيقبل في قيامه للحال قول امرأة
واحدة ثقة ثم ان كان بعد القبض لا يرد بقولهن بل لا بد من تحليف البائع وان كان قبله فكذلك عند محمد
وعند ابي يوسف يرد بقولهن من غير يمين البائع عيوب غير ظاهرة للقاضي ولا يختص بمعرفتها
الاطباء ولا النساء كالاباق ونحوه فحكمها ما ذكرناه قال والقول في قدر المقبوض للقابض لانه
هو المنكر حتى اذا رد المشتري بعيب جارية او عبدا بعد القبض فقال البائع كنت بعتك معه غيره وقال
المشتري بعتنيه وحده فالقول قول المشتري لان القول للقابض امينا كان او ضمينا كالمودع وكان
المدعي يدعي بقاء بعض الثمن في ذمته وهو حصة الآخر والمشتري ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه
وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال ولو اشترى عبدين صفقة
فقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا اخذهما او ردهما يعني ليس له ان يأخذ السليم ويرد المعيب
بل يأخذهما او يردهما لان في اخذ احدهما تفريق الصفقة قبل التمام لان الصفقة تتم بقبضهما ه
والتفريق في القبض كالتفريق في القبول لان القبض له شبه بالعقد لكونه مفيدا ملك التصرف ومؤكدا
لملك الرقبة وعن ابي يوسف انه اذا وجد العيب بالمقبوض له ان يرده وحده لان الصفقة تمت فيه
لتناهيها في حقه قلنا تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله فلا يقبل التجزي في الاتمام الا ترى
ان حبس المبيع لما تعلق بطلانه بقبض الثمن لا يسقط الا بقبض كله ويبقى ببقاء جزئه فكذا تمام الصفقة
لما تعلق بقبض المبيع لا يتم بقبض جزئه اذ هي لا تقبل التجزي في هذا المعنى ولو قبضهما ثم وجد باحدهما
عيبا رد المعيب وحده وقال زفر ليس له ان يرده وحده لان فيه تفريق الصفقة وتضرر البائع
لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض وخيار الشرط والرؤية ولنا انه
تفريق الصفقة بعد التمام لان الصفقة تتم بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة فيكون الفسخ بعد
انتهائها في ملك المشتري من كل وجه فلا يمتنع التفريق فيقتصر على ما وجد فيه علة الرد الا ترى انه لو
استحق احدهما بعد القبض لم يخير في الباقي لتمامه بالقبض وان استحق قبله كان له ذلك فلا يفرق
عليه الصفقة قبل التمام بخلاف خيار الشرط والرؤية لان الصفقة لا تتم معهما وان كان بعد القبض
لعدم تمام الرضا وتضرر البائع من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري كذا ذكر خلاف زفر في المبسوط
وغيره وذكر في المختلف ان له ان يفرق قبل القبض اذا وجد باحدهما عيبا عند زفر حتى لو وجد به عيبا
بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبله وهذا مشكل وفيه نظر وتدبر فانه اذا امتنع التفريق بعد
القبض وقد تم العقد فيه كان قبله اولى لان الصفقة لم تتم هذا اذا كان كل واحد منهما يمكن الانتفاع
به على الانفراد وان كان لا ينتفع باحدهما دون الآخر كزوجي الخف ومصراعي الباب ليس له ان يرد
احدهما دون الآخر وان كان بعد القبض بالاجماع وعلى هذا لو اشترى زوجي ثور وقد وجد باحدهما عيبا

بعد القبض فان كان الف احدهما الآخر لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب وحده قال ولو وجد
ببعض الكيلي او الوزني عيبا رده كله او اخذه يعني اذا كان من نوع واحد لان المكيل والموزون اذا كان
من جنس واحد شيء واحد حكما وتقديرا وان كان اشياء حقيقة لان المالية والتقوم في المكيلات والموزونات
باعتبار الاجتماع والانضمام اذ الحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يجوز بيعها فاذا كانت المالية
باعتبار الاجتماع صار الكل في حق البيع كشيء واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وكذا جعل
رؤية بعضه كرؤية كله كالثوب الواحد فاذا كان كالشيء الواحد ليس له ان يأخذ البعض سواء كان
قبل القبض او بعده كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه عيبا بخلاف العبدين على ما بينا ولا فرق بينهما اذا
كان في وعاء واحد او وعاءين وقيل اذا كان في وعاءين يكون بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه
العيب وحده قال ولو استحق بعضه لم يخير في رد ما بقي ولو ثوبا خير يعني لو استحق بعض
المكيل او الموزون لم يخير في رد الباقي ولو استحق بعض الثوب خير في رد ما بقي لان الشركة في
المكيل والموزون لا تعد عيبا لان التبعيض لا يضرهما والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان العقد
وتمامه برضى العاقد لا برضا المالك بخلاف الثوب حيث يثبت له الخيار فيما اذا استحق بعضه لان التشقيص
فيه عيب وقد كان وقت البيع فيرده وهذا اذا كان بعد القبض واما اذا استحق بعض المكيل او الموزون
قبل القبض فله ان يرد ما بقي لتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام قال وان اللبس والركوب والمداواة
رضا بالعيب لانه دليل استبقائه وكذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع والسكنى بخلاف
خيار الشرط فان اللبس ونحوه ليست دليل امساك الملك فيه فان الخيار هناك شرع للاختبار
فلو جعل اختبارا للاجازة لفات فائدة خيار الشرط واما خيار العيب فلم يشرع للاختبار وانما شرع للرد
ليصل الى راس ماله عند العجز عن الوصول الى الجزء الفائت فاذا تصرف فيه تصرفا لا يحل الا بالملك جعل
ممسكا لوجود دليل الامساك والرضا قال رحمه الله لا الركوب للرد او للسقي او لشراء العلف اي
لا يكون الركوب ليسقيها الماء او ليردها على البائع او ليشتري لها العلف رضا بالعيب وهذا استحسان
لانه يحتاج اليه وقد لا ينقاد ولا ينساق فلا يكون دليل الرضا الا اذا ركبها في حاجة نفسه وقيل
تاويله اذا لم يجد له بدا من الركوب بان كان العلف في عدل واحد او لا ينساق ولا ينقاد وقيل الركوب
للرد لا يكون رضا كيف ما كان لانه سبب الرد ولغيره يكون رضا الا عن ضرورة قال ولو قطع المقبوض
بسبب عند البائع رده واسترد الثمن معناه لو اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم بها فقطع عند المشتري
له ان يرده ويأخذ الثمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا ليس له ان يرده لحدوث العيب عنده وهو
وهو القطع غاية الامر انه قطع بسبب كان عنده لكن القطع غير الوجوب فكان [illegible] عيب حادث
عند المشتري فتعذر الرد وتعين الرجوع بالنقصان كما اذا اشترى جارية حبلى فماتت في يد المشتري
بالولادة فانه يرجع بالنقصان فكذا هذا وهذا لان الموجود في يد البائع سبب القطع وانه ينافي
المالية فينفذ البيع فيه لكنه متعيب وقد حدث فيه عند المشتري عيب فيرجع بنقصانه وهو ما بين
قيمته سارقا الى غير سارق بان يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا
الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع من قتل بغير حق او قطع طريق او ردة لان وجوبه لا ينافي المالية

ولهذا ينفذ البيع صحيحا ولو مات في يد المشتري يقرر الثمن عليه ولو تصرف فيه نفذ تصرفه ولأن جهته
ان سبب الوجوب وجد في يد البائع والوجود يفضي الى الوجوب فكان الوجود مضافا الى السبب
السابق فصار كما اذا قتل المغصوب بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وروى ابن منذر عن ابي حنيفة
انه لو اشترى جارية حبلى فولدت عند المشتري وماتت من الولادة يرجع بجميع الثمن ولم يحك فيه خلافا
قلنا ان نمنع ولئن سلم فالسبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الام اذ الغالب في
الولادة السلامة ولو مات بسببها لقطع عند المشتري يرجع بنصف الثمن لان اليد من الآدمي نصفه
فيجب عليه من بدله بحسابه لا بما هي المستحقة بالسرقة والعضو غير مستحقة في يد البائع الا ترى
انها تحسم ولا تقطع في البرد الشديد ولا في الحر الشديد توقيا عن الهلاك فقبض المشتري لا ينتقض في
النصف وان سرى الى النفس بخلاف ما اذا قتل عنده بسبب يوجب القتل عند البائع لان النفس صارت
مستحقة في يد البائع فينتقض به قبض المشتري ويرجع بالثمن ولو اختار المشتري ان يمسك العبد
ويرجع بنصف الثمن لان القطع بسبب كان عند البائع كالاستحقاق فلا يمنع الرجوع بالثمن عند
اختيار الاخذ بخلاف العيب على ما بيناه ولو مات بعد القطع حتف انفه يجب ان يرجع بنصف الثمن عنده
لانه كالاستحقاق على ما بينا ولو سرق عند البائع ثم عند المشتري فقطع بهما يرجع بالنقصان عندهما
على الوجه الذي بينا وعنده لا يرده بغير رضا البائع للعيب الحادث عنده ولكن يرجع بربع الثمن لان
اليد قطعت بهما فيرجع بقدر ما فات بسبب كان في يد البائع وان رضي البائع باخذه يرجع بثلثة
ارباع الثمن ويسقط الربع لانه فات بسبب كان عند المشتري فلا يرجع به على احد ولو تداولته
الايدي فقطع عند الآخر او قتل يرجع الباعة بعضهم على بعض عند ابي حنيفة وعندهما يرجع الآخر
على بائعه بالنقصان ثم هو لا يرجع على بائعه واصل الخلاف ان القطع او القتل بسبب كان في يد البائع
استحقاق عنده وفيه يرجع الباعة بعضهم على بعض حتى ينتهي الى الاول وعندهما عيب فيرجع من لم
يفوت الرد بالبيع وهو الآخر على بائعه ثم هو لا يرجع على بائعه لانه فوت الرد بالبيع قبل امتناع الرد
برضاه وثمرة الخلاف تظهر في هذا وفيما اذا اشتراه وهو عالم بوجوب القتل او القطع فانه لا يبطل
حقه عنده لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع وعندهما يبطل حقه لان العلم بالعيب رضا به وفيما
اذا اعتقه المشتري ثم قتل او قطعت يده به فانه لا يرجع عنده بشيء لعدم فوات المالية به وعندهما
يرجع بالنقصان على ما بيناه من قبل ولا يقال ينتقض قول ابي حنيفة بما اذا اشترى عبدا مريضا ومات
عنده وبما اذا قطع عند البائع ثم باعه ومات عند المشتري به وبما اذا زنى عند البائع ثم باعه
وجلد عند المشتري فمات به حيث لا يرجع في هذه المواضع الا بالنقصان عنده مثل قولهما وان مات
بسبب كان عند البائع لانا نقول المرض والمقطوع عند البائع مما يزداد الالام ويزداد فيها
عند المشتري وهي لم توجد عند البائع وزنا العبد يوجب الجلد والقتل غيره فلا يؤاخذ البائع بما لم
يجز عنه بخلاف ما تقدم **قال** ولو برئ من كل عيب صح وان لم يسم الكل ولا يرده بعيب وقال الشافعي
لا يصح الا ان يعد العيوب وفي جواز البيع بهذا الشرط له قولان وعدم صحة البراءة من كل عيب عنده
بنا على ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح عنده لان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولا يصح

ملكه صح

تعليقه

تعليقه بالشرط وتمليك المجهول لا يصح كبيعه ونحن نقول ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة فلا
تمنع الصحة وكان ابن ابي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت
بينه وبين ابي حنيفة في مجلس ابي جعفر الدوانيقي فقال له ابو حنيفة ارأيت لو باع جارية في موضع
المأتي منها عيب او غلاما في ذكره عيب اكان يجب على البائع ان يري المشتري ذلك الموضع منها او منه
ولم يزل يعارضه بهذا حتى احجمه وضحك الخليفة وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه العيب الحادث قبل القبض
وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت قلنا الغرض فيه اسقاط الغرض لزام العقد باسقاط حقه عن
صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث وهذا لانه لا حق له قبل البائع وقت البيع ليملكه او
ليبرئه بل هذا بيان لايجاد العقد على وجه لا يوجب استحقاق السلامة والعقد قابل لذلك كما لو اشترى
معيبا وهو يعلمه وهذا بناء على انه لو باعه بشرط البراءة من كل عيب يحدث به بعد البيع قبل القبض لا يصح عند
محمد رحمه الله لانه قبل وجود سببه كالابراء عن كل حق قبله فانه يدخل فيه الحق القائم لا غير وعند ابي يوسف
يصح لان غرضهم ايجاد العقد على وجه لا يستحق فيه سلامة المبيع عن العيب ولو شرط البراءة من كل عيب به لم
ينصرف الى الحادث في قولهم جميعا لانه خص الموجود وقت العقد بالبراءة والله اعلم

باب البيع الفاسد

البيع على اربعة اقسام صحيح وهو المشروع باصله ووصفه ويفيد الحكم بنفسه اذا خلى
عن الموانع وباطل وهو غير مشروع اصلا وفاسد وهو مشروع باصله دون وصفه وهو يفيد الحكم اذا اتصل
به القبض وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لاجل غيره وهو بيع ملك الغير
قال لم يجز بيع الميتة والدم والخنزير والخمر والحر وام الولد والمدبر والمكاتب لعدم ركن البيع وهو
مبادلة المال بالمال وبيع هذه الاشياء باطلة لما ذكرنا **قال** فلو هلك عند المشتري لم يضمن لان العقد
في الباطل غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وقيل يضمن لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل
الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما والاصل فيه ان بيع ما ليس بمال عند احد كالحر والدم والميتة التي ماتت
حتف انفها والمدبر وام الولد والمكاتب باطل وان كان مالا عند البعض كالخمر والخنزير والميتة التي لم تمت
حتف انفها مثل الموقوذة فان هذه الاشياء مال عند اهل الذمة فان بيعت بدين في الذمة فهو باطل وان
بيعت بعين فهو فاسد في حق ما يقابلها حتى يملك ويضمن بالقبض باطل في حق نفسها حتى لا تضمن ولا تملك
بالقبض لانها غير متقومة لان الشرع امر باهانتها وفي تملكها بالعقد مقصودا اعزاز لها فكان
باطلا وذلك بان يشتري بها مدينا في الذمة لان الثمن من الدراهم والدنانير غير مقصودة وانما هي
وسائل والمقصود تحصيلها فكان باطلا اهانة لها وان لم يكن مقصودة بان كانت دينا في الذمة كان
فاسدا لان المقصود تحصيل ما يقابلها وفيه اعزاز له لا لها لان الثمن تبع لما ذكرنا والاصل هو المبيع
وكذا اذا كانت عينية وبيعت بعين مقايضة صار فاسدا في حق ما يقابلها باطلا في حقها وجلد الميتة
كالخمر فيما ذكره صاحب المحيط لانه مرغوب فيه بين الناس فصار مالا من وجه كالخمر ونحوها
وجعله البزدوي كالميتة لانه جزؤها وجعل صاحب الهداية وغيره بيع ام الولد والمكاتب من الباطل
لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في
حق المدبر في الحال لبطلان اهلية المولى بعد موته والمكاتب استحق يدا على نفسه وخرج من يد

المولى ولو ثبت فيه الملك لبطل ذلك كله ولو بيع المكاتب برضاه صح في الاظهر فينفسخ الكتابة اقتضاء
لانها تقبله بخلاف المدبر وام الولد وقال في الايضاح اذا كان احد العبدين مدبرا او مكاتبا او ام ولد
ملك بالقبض لان الملك قائم بالمحل وانما لا ينفذ البيع لحقه في نفسه فاعتبر ذكره في حق ما يقابله فانعقد
العقد وهذا هو الصواب لانهم يدخلون في العقد حتى لا يبطل البيع فيما ضم الى واحد منهم وبيع معه ولو كان
كالحر لبطل وتاول ما ذكره صاحب الهداية على انه باطل في حق نفسه لا في حق ما يقابله ولو مات المدبر او
ام الولد في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا عليه قيمتهما لانهما مقبوضان بجهة البيع وهما مال
حقيقة ولهذا يملك ما ضم اليهما في البيع فيضمنان به ضرورة كسائر الاموال بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه
فلا يتحقق فيه القبض وهذا الضمان يجب بعقد وله ان شبهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما
لا يقبلان حقيقة البيع فصار كالمكاتب والبيع دخولهما في البيع في حق انفسهما بل ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما
قال المشتري لا يدخل فيه وحده ويدخل في حق ما ضم اليه وقيل لا يدخل وبعد البيع وبه كان يفتي ظهير
الدين والاول اصح لان دخوله فيه في حق ما ضم اليه حتى يقسم الثمن عليهما لا غير وروى المعلى عن ابي حنيفة
انه يضمن قيمة المدبر وام الولد كما في الغصب والعذر له على الظاهر ان جهة البيع هي المعتبرة هنا فاذا
بطلت لعدم محله بقي القبض باذن المالك فلا يجب الضمان بخلاف الغصب قال والسمك قبل الصيد
اي لا يجوز بيع السمك قبل الاصطياد لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع الغرر رواه احمد ومسلم وابو داود
وغيرهم وعن ابن مسعود انه عليه السلام قال لا تشتروا السمك في الماء فانه غرر رواه احمد ولانه باع
ما لا يملك فلا يجوز ثم هو على وجهين فاما ان يبيعه قبل ان ياخذه او بعده فان باعه قبل الاخذ لا يجوز
لما بينا وان اخذه ثم القاه في الحظيرة فان كانت الحظيرة كبيرة بحيث لا يمكن اخذه الا بحيلة لا يجوز
لانه باع ما لا يقدر على تسليمه فلو سلمه بعد ذلك ينبغي ان يكون على الروايتين اللتين في بيع الآبق بناء
على انه باطل او فاسد وان كانت صغيرة بحيث يمكن اخذه بغير حيلة جاز لانه باع ملكه وهو مقدور
التسليم له ولا يعتد برؤيته وهو في الماء لان السمك يتفاوت في الماء وخارجه وهذا لو دخل السمك
الحظيرة باحتياله بان سد عليه فوهة النهر او سد موضع الدخول حتى لا يمكنه الخروج على هذا التفصيل
لانه لما احتال فيه باحتياله صار اخذا له وملكه بمنزلة ما لو القاه فيه وقيل لا يجوز لان هذا القدر ليس
باحراز له فصار كطير دخل البيت فاغلق عليه الباب وهذا الخلاف فيما اذا لم يهيئ الحظيرة للاصطياد
فان هيأها له ملكه بالاجماع فيكون على ما ذكرنا من التفصيل فان اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه من غير
صنعه ولم يسد عليه المدخل لا يجوز بيعه سواء امكنه الاخذ بغير حيلة او لا لانه لم يملكه قال والطير
في الهواء لانه غير مملوك له قبل الاخذ وبعده غير مقدور التسليم وهذا اذا كان يطير ولا يرجع وان كان
له وكر عنده يطير منه في الهواء ثم يعود اليه جاز بيعه لانه يمكنه اخذه من غير حيلة وعلى هذا لو باع صيدا
قبل اخذه لا يجوز وبعده يجوز ان كان في يده او محبوسا في مكان يمكن اخذه من غير حيلة وان لم يمكن الا بحيلة
لا يجوز لعدم القدرة على التسليم ولو اخذه وسلمه ينبغي ان يكون فيه روايتان على نحو ما ذكر في الآبق ولو
اجتمع في ارضه الصيد فباعه من غير اخذ لا يجوز لانه لم يملكه ولهذا لو باض فيها صيد او تكسر او تكسر
جاز لمن اخذه لعدم ملكه اياه بخلاف ما اذا عسل فيه النحل حيث يملكه لان العسل قائم بارضه على وجه القرار

كالاشجار ولهذا وجب في العسل العشر اذا كان في ارض العشر كالثمار هذا اذا لم يهيئ ارضه لذلك فان
هيأها له بان حفر فيها بئرا للاصطياد او نصب شبكة فدخل فيه صيد او تعقل فيه ملكه لان الهيئة
احد اسباب الملك الا ترى انه لو حط طشتا ليقع فيه المطر فوقع فيه ملكه بالوقوع وفي النهاية لو دخل الصيد
داره فاغلق عليه الباب كان الصيد له ولم يحك فيه خلافا وعلى قياس ما ذكر في الحائط الطير لا يكون له
وقد ذكرناه من قبل ويجوز ان يكون في المسألة روايتان والا فلا فرق بينهما قال والحمل والنتاج
فالحمل ما كان في البطن والنتاج ما يحمله هذا الحمل لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة رواه مسلم
واحمد وابو داود وفي رواية انه نهى عن بيع حبل الحبلة وحبل الحبلة ان ينتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل التي نتجت
رواه ابو داود ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها
الا بكيل وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة
الغائص رواه احمد وابن ماجه والترمذي ولان فيه غررا وقد نهى عنه عليه السلام على ما بينا والغرر هو
ما يكون مجهول العاقبة لا يدرى ايكون ام لا والحبلة هو الحبل وهو مصدر سمي به الجنين كما سمي بالحمل وهو
مصدر وانما دخلت عليه التاء للاشعار بالانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما سيحمله الجنين ان كان انثى
وكانوا في الجاهلية يتبايعون ذلك فنهاهم عنه عليه السلام قال واللبن في الضرع لما روينا ولما روي
انه عليه السلام نهى ان يباع ثمر حتى يطعم وصوف على ظهر او لبن في ضرع او سمن في لبن رواه الدارقطني ولانه
يزداد ساعة فساعة فيختلط المبيع بغير المبيع ولانهم يختلفون في كيفية الحلب فيؤدي الى النزاع ولانه يحتمل ان
يكون انتفاخا من الريح والتبن فيه لبن قال واللؤلؤ في الصدف لان فيه غررا وقد نهى عنه عليه
السلام الا ترى انه مجهول لا يعلم وجوده فيه ولا قدره ولانه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو كسر الصدف
وعن ابي يوسف انه يجوز بيعه لان الصدف لا ينتفع به الا بالكسر فلا يعد ضررا قلنا هو مجهول بخلاف ما اذا
باع تراب الذهب والحبوب في غلافها حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض ايضا قال
والصوف على ظهر الغنم لما روينا ولانه قبل الجز ليس بمال متقوم في نفسه لانه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه
به كسائر اطرافه ولانه يزيد من اسفل فيختلط المبيع بغيره كما قلنا في اللبن بخلاف القوائم لانها تزيد من
اعلاها وتعرف ذلك بالخضاب وبخلاف القصيل لانه يقلع والصوف يقطع فيتنازعان في موضعه وعن
ابي يوسف انه يجوز بيعه لانه مال متقوم منتفع به مقدور التسليم كسائر الاموال بخلاف اطراف الحيوان
لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد الذبح فصار بمنزلة اللحم فيها متعلقا بفعل شرعي فلم يوجب قبله ولكونه
مقطوعا لا انه بمنزلة الثمر في الحرمات وقوائم الخلاف والحجة عليه ما رويناه وما بينا من المعنى والتعليل بمقابلة
النص مردود وانما جعل في الحرمات وقوائم الخلاف للتعامل اذ لا نص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه
قال والجذع في السقف وذراع من ثوب لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر يلزمه سواء ذكر موضع القطع
او لم يذكر ولا يقال هو سفيه التزم الضرر لان الالتزام بدون العقد غير لازم والعقد لم يوجب الضرر
فيمكنه الرجوع فيتحقق النزاع بخلاف ما اذا باع بعضا معلوما من نقرة فضة حيث يجوز لان التبعيض
لا يضره ولو قلع البائع الجذع او قطع الثوب وسلمه عاد صحيحا ان كان قبل فسخ المشتري البيع لزوال
المانع من الفساد بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان وذبحه وسلمه حيث لا يعود صحيحا لان الفساد فيه

وكذا لو بسط ذيله عند النثار لتقع فيه الشيء المنثور ملكه صح

لعدم المالية على ما بينا في طرافة الحيوان ونظيره ما لو باع خمرا ثم تخللت وبخلاف ما إذا باع بزر
بطيخ ونحوه حيث لا يجوز وإن شقه وسلمه لاحتمال العدم فلا يعود صحيحا بخلاف الحبوب في غلافها
حيث يجوز بيعها وإنما نستحسنون لأن وجودها معلوم ولهذا يسمى به فيقال هذا باقلا وهذه حنطة
ولا يقال للبطيخ هذا بزر وهو الفارق وهذا في ثوب تضره القطع كالجبة للبس وإن كان لا تضره القطع
جاز بيع ذراع منه كالقفيز من الصبرة **قال** وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب
الشبكة أو بغوص الصائد في الماء المراد بنا فيه منفصلا ومجهولا وهو النهي عن الغرر ولأنه مجهول القدر
والصفة فلا يجوز **قال** والمزابنة وهو بيع الثمر على رءوس النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لحديث
أنس أنه عليه السلام نهى عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة والملامسة والمزابنة رواه البخاري
والمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا والمخاضرة بيع الثمار قبل
أن تنتهي ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الأرض وكذا بيع
العنب بالعنب خرصا لا يجوز وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة أوسق لما روي أنه عليه السلام نهى عن بيع
المزابنة بيع الثمر بالتمر إلا أصحاب العرايا فإنه قد أذن لهم رواه البخاري والترمذي وزاد فيه وعن بيع
العنب بالزبيب وعن كل ثمر بخرصه **ولنا** ما روينا وقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة
والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد من زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ
والمعطي فيه سواء رواه البخاري وأحمد وأمثاله من النصوص لا تحصى كلها مشهورة وتلقتها الأمة بالقبول
فلا يجوز تركها وهذا لأن المساواة واجب بالنص والتفاضل محرم به وكذا الغرر وقبل قبض البدلين
فلا يجوز أن يباع جزافا ولا إذا كان أحدهما مثل الآخر لو كان أكثر من خمسة أوسق وهذا لأن احتمال
التفاضل ثابت فصار كما لو تفاوتا يقينا أو كانا موضوعين في الأرض ومعنى العرايا فيما رواه العطايا
وتفسيره أن يهب رجل ثمرة نخله من بستانه ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل ساعة ولا
يرضى أن يخلف الوعد ويرجع فيه فيعطيه مكانه تمرا مجذوذا بالخرص بدله وهو جائز عندنا لأن الموهوب له
لم يملك الثمرة لعدم القبض فصار بائعا ملكه بملكه وهو جائز لا بطريق المعاوضة وإنما هو هبة مبتدأة
وسمي ذلك بيعا مجازا لأنه في الصورة عوض عما أعطاه أولا فإنه اتفق في الواقعة خمسة أوسق أو دونه
فظن الراوي أن الرخصة مقتصرة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب كذا فسره أهل الفقه والحمل
فكان الحمل عليه أولى كيلا يكون مخالفا للمشاهير ويحتمل أن الراوي ظن أنه بيع **قال** رحمه الله والملامسة
وإلقاء الحجر وهن من البيوع التي كانت في الجاهلية وهو أن يتساوم الرجلان فإذا لمسها المشتري أو
نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالأول بيع الملامسة والثاني بيع المنابذة
والثالث إلقاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عنها لما روينا وعن أبي سعيد أنه عليه السلام نهى عن الملامسة
والمنابذة في البيع والملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه والمنابذة أن ينبذ
الرجل بثوبه وينبذ الآخر بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض رواه البخاري ومسلم وأحمد
ولأن فيه تعليقا للتمليك بالخطر فيكون قمارا فصار في المعنى كأنه قال للمشتري أي ثوب لمست عليه الحجر
فقد بعتكه وفي المغرب بيع الملامسة والمنابذة أن يقول لصاحبه إذا لمست ثوبك أو لمست ثوبي فقد وجب

البيع وفي المنتقى عن أبي حنيفة هي أن يقول بعتك هذا المتاع بكذا فإذا لمستك فقد وجب البيع أو يقول
المشتري كذلك والمنابذة أن يقول إذا نبذته إليك أو يقول المشتري إذا نبذته إلي فقد وجب
البيع وإلقاء الحجر أن يقول المشتري والبائع إذا ألقيت الحجر وجب البيع وفي سنن أبي داود الملامسة
أن يمسه بيده ولا ينشره ولا يقلبه **قال** وثوب من ثوبين لجهالة المبيع هذا إذا لم يشترط فيه
خيار التعيين وإن شرط فيه بأن اشترى أحدهما على أن يأخذ أيهما شاء جاز وقد بينا أنه يجوز إلى ثلاثة وحكمه
إذا قبضهما **قال** والمراعي وإجارتها أي لا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها والمراد به الكلأ دون رقبة
الأرض لأن بيع الأرض وإجارتها جائز إذا كان لها كلأ وإنما لا يجوز بيع الكلأ وإجارته لأنه ليس بمملوك له
إذ لا يملكه بنباته في أرضه ما لم يحرزه لقوله عليه السلام المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء والكلأ والنار رواه
أحمد وأبو داود ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس وزاد فيه وثمنه حرام وهو محمول على ما إذا لم يحرز وقال
عليه السلام لا يمنع الماء والنار والكلأ رواه ابن ماجه ومعناه أن لهم الانتفاع بشرب الماء وسقي الدواب
والاستقاء من الآبار والحياض والأنهار المملوكة وله أن يمنع الناس من الدخول في أرضه وإذا طلب أحد
الماء لزمه أحد أمرين إما أن يخليه يدخل فيأخذ الماء بنفسه أو يخرج له هو فصار نظير ما لو وقع ثوب إنسان
في دار غيره بهبوب الريح فيه وكذا الحكم في الاحتشاش من الأراضي المملوكة فإن منعهم من الدخول في أرضه فهو
على ما ذكرنا في الماء من الحكم فإذا كان مباحا لا يجوز بيعه ولا إجارته وإن كان في أرضه لعدم الملك فيه ولأنه
استهلاك العين والإجارة لا تجوز في استهلاك العين المملوكة فغير المملوكة أولى والأجرة في الطرق والصنع
لو يقال له للعمل تبعا وضمنا وكم من شيء يجوز ضمنا وإن لم يجز قصدا والحيلة فيه أن يستأجر الأرض ليقف
الدواب فيها أو لمنفعة أخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن أو الأجرة فيحصل به غرضهما هذا إذا نبت
الحشيش بنفسه وإن أنبته صاحب الأرض بأن سقاها أو حرثها وهيأها للإنبات ملكه وجاز بيعه
وقيل لا يملكه حتى لا يجوز بيعه قبل الإحراز لأن الشركة ثابتة بالنص فلا ينقطع بدون الحيازة ذكره في النهاية
ويدخل في الكلأ جميع أنواع ما ترعاه المواشي رطبا كان أو يابسا بخلاف الأشجار لأن الكلأ اسم لما لا ساق له
والأشجار لها ساق فلا يدخل فيه حتى جاز بيعها إذا نبتت في أرضه لأنه ملكها بالنبات فيها والكماة كالكلأ
وكذا الحكم أن يستضيئوا بضوء النار والاصطلاء بها والانتفاع من لهيبها بدون رضا صاحبها وللمالك أن يأخذ
من الجمر شيئا إلا برضا صاحبه **قال** والنحل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد والشافعي
يجوز بيعه إذا كان محرزا لأنه حيوان ينتفع به وإن كان لا يؤكل كالحمار ولهما أنه من الهوام فلا يصح بيعه
كالزنبور وهوام الأرض والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا والشيء إنما يصير مالا لكونه
منتفعا به حتى لو باعه مع الكوارة صح تبعا لها ذكره القدوري في شرحه وذكر الكرخي أنه لا يجوز بيعه مع العسل
وقال الشيء إنما يدخل في العقد تبعا لغيره إذا كان من حقوقه كالشرب والطريق **قال** ويباع دود القز
وبيضه أي يجوز بيعهما وهذا عند محمد وعند أبي حنيفة لا يجوز بيعهما وأبو يوسف معه في الدود ومع محمد
في بيضه وقيل فيه أيضا مع أبي حنيفة أن الدود من الهوام وبيضه لا ينتفع به فأشبه الخنافس والوزغ
وبيضهما ولمحمد أن الدود ينتفع به وكذا بيضه في المآل فصار كالجحش والمهر ولأن الناس قد تعاملوه ومست
الضرورة إليه فصار كالاستصناع والفتوى على قول محمد لما ذكرنا **قال** والآبق أي لا يجوز بيعه

وهو معطوف على ما قبل ورود النص لما روينا ولانه لا يقدر على تسليمه وهو شرط الجواز بخلاف العبد المرسل
في حاجته لثبوت القدرة على التسليم وقت العقد حكما لان الظاهر من حاله عوده الى مولاه وكذلك
الابق ولو باعه ممن زعم انه عنده جاز لان النهي ورد في الابق المطلق وهو ان يكون ابقا عند المتعاقدين
وهذا ليس بابق في حق المشتري اذ هو في يده فلا يتناوله النص المطلق اذ هو ليس بعاجز عن تسليمه وهو
المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده ان كان اشهد عند الاخذ انه يأخذه ليرده على
صاحبه لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع لان قبضه مضمون عليه الا ترى ان
المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة ولا وجوب الثمن في البيع مانع عن وجوب القيمة فقبض الضمان
اقوى من قبض الامانة لانه يثبت الضمان باللزوم والملك فان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع اجبر عليه والضمان
يوجب الملك من الجانبين على ما هو الاصل عندنا بخلاف قبض الامانة فانه لا يجبر عليه ولا يوجب الملك فكان
اضعف فلا ينوب عن الاقوى ولو لم يشهد عند الاخذ يصير قابضا بمجرد العقد عندهما خلافا لابي يوسف
فيما اذا لم يأخذه لنفسه بل ليرده على مالكه وهذا بناء على ان الاشهاد ليس بشرط لكونه امانة عنده وعندهما
شرط وقد بيناه في اللقطة ولو باعه ممن قال هو عند فلان لم يجز لانه ابق عندهما وهو المعتبر اذ لا يقدر على
تسليمه ولو باعه ثم عاد من الفسخ لم يعد صحيحا لوقوعه باطلا لعدم المحلية كبيع الطير في الهواء قبل التملك
بخلاف ما اذا باعه ثم ابق قبل التسليم ثم عاد حيث يجوز لان احتمال عوده يكفي لبقاء العقد على ما كان
دون الابتداء وعن ابي حنيفة انه يعود صحيحا لان المالية فيه قائم فكان محلا للبيع فينعقد غير انه عاجز
عن تسليمه فيفسد فاذا اتى قبل الفسخ عاد صحيحا لزوال المانع فصار كالعجز عن التسليم والتسلم فصار كما لو
ابق بعد البيع وكبيع الموهوب ثم اتى به قبل الخصومة وبه اخذ الكرخي وجماعة من اصحابنا رحمهم الله تعالى
وبالاول كان يفتي ابو عبد الله البلخي وجماعة من مشايخنا رحمهم الله ولو اعتقه نفذ عتقه لعدم اشتراط
القبض فيه ولو علم مكانه في وقت العتق اجزاه عن الكفارة ولو وهبه من ابنه الصغير او ليتيم في حجره جاز
بخلاف ما اذا باعه منه لان ما يقبض له من الصدقة في الهبة دون البيع قال الا ان يبيعه ممن زعم انه
عنده اي الابق اذا باعه ممن يدعي انه عنده جاز وقد ذكرناه قال ولبن امراة يعني لا يجوز بيعه
ومراده اذا كان في وعاء وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه من حرة كان او من امة ويضمن بالاتلاف
لانه مشروب طاهر فصار كسائر المائعات الطاهرة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد
العقد عليها فكذا على جزئها ولهما انه جزء الادمي بدليل انه يثبت به حرمة المصاهرة لمعنى البعضية
وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال والامتهان بالبيع الا فيما حل فيه الرق وهو لا يحل اللبن لانه
ضعف حتى يختص بمحل القوة التي هي ضده وهو الحي لان الضدين يتعاقبان في موضع واحد ولا حياة في اللبن
ولكونه مشروبا ضروري لاجل الاطفال حتى لو استغني عنه لا يجوز ونظيره ملك النكاح فانه ضروري
لاقتضاء الشهوة وابقاء النسل ولا يدل على ان البضع مهان مبتذل ولان لبن الادمية في حكم المنفعة
حتى جاز استحقاقه بعقد الاجارة وبيع مثله لا يجوز بخلاف لبن البقرة ونحوها حيث يجوز بيعه لانه ليس
حكم المنفعة حتى لا يستحق بعقد الاجارة وهو مبتذل ايضا قال وشعر الخنزير وينتفع به للخرز اي
لا يجوز بيع شعره ويجوز الانتفاع به للخرز لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له كالخمر وهذا لان جواز

صاحبه

بيعه باعتبار الانتفاع في غير الادمي ونجاسته تشعر بهوان المحل وانما جاز الانتفاع به للاساكفة لان
خرز النعال والاخفاف لا يتاتى الا به فكان فيه ضرورة وعن ابي يوسف انه يكره لان الخرز يتاتى بغيره
والاول هو الظاهر لان الضرورة تبيح لحمه فالشعر اولى ثم لا حاجة الى شرائه لانه يوجد مباح الاصل
وقال الفقيه ابو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء لان ذلك
حالة الضرورة فاما البيع فمكروه لانه لا حاجة اليه للبائع ولا باس للاساكفة ان يصلوا مع شعر الخنزير وان
كان اكثر من قدر الدرهم ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف لان الاطلاق للضرورة فلا يظهر
الا في حالة الاستعمال وفي غير تلك الحالة يبقى على الاصل وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع دليل
طهارته قال وشعر الانسان يعني لا يجوز بيع شعر الانسان والانتفاع به لان الادمي مكرم فلا يجوز
ان يكون جزؤه مهانا وقال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة وانما لعن للانتفاع به لما
فيه من اهانة المكرم وعن محمد رحمه الله انه اجاز الانتفاع بشعر الادمي استدلالا بما روي انه عليه السلام
حين حلق راسه قسم شعره بين اصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل فانه لا يترك بالنجس الا ترى
ان ابا طيبة رضي الله عنه حين شرب دم النبي صلى الله عليه وسلم على قصد التبرك به نهاه ان يعود الى مثله
في المثل قلنا حرمة الانتفاع به للكرامة لا للنجاسة حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده فبطل الاستدلال لكنها
رخص فيما يتخذ من الوبر فيزاد على قرون النساء وذوائبهن قال وجلد الميتة قبل الدبغ يعني لا يجوز بيعه
لما روي انه عليه السلام نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها فيما رواه ابو داود وغيره ولان نجاسته
من الرطوبات المتصلة به باصل الخلقة فصار كلحم الميتة بخلاف الثوب النجس حيث يجوز بيعه لان نجاسته
ليس باصل الخلقة فلا يمنع من جواز البيع قال وبعده يباع وينتفع به كعظم الميتة وعصبها وصوفها
وقرنها ووبرها يعني بعد الدباغ يجوز بيعه كما يجوز بيع عظم الميتة الى اخره لانه طهر بالدباغ والعظم
ونحوه طاهر باصل الخلقة على ما ذكرنا في كتاب الطهارة فيجوز بيعه ولحوم السباع وشحومها وجلودها
بعد الذكاة كجلود الميتة بعد الدباغ حتى يجوز بيعها والانتفاع بها في غير الاكل لطهارتها بالذكاة الا جلد
الخنزير فانه نجس العين ولا يطهر بالذكاة ويجوز بيع عظم الفيل والانتفاع به عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد لا يجوز وهو كالخنزير عنده وعندهما كالسباع قال وعلو سقط اي لا يجوز بيع علو بعدما
سقط لان له حق التعلي لا غير وهو ليس بمال ومحل البيع المال وهو ما يمكن احرازه وقبضه والهواء لا
يمكن احرازه وانما يصح بيعه قبل الانهدام باعتبار البناء القائم ولم يبق بخلاف الشرب حيث يصح بيعه تبعا
باتفاق الروايات ومقصودا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه نصيب من الماء وهو مال ولهذا
يضمن بالاتلاف حتى لو سقى به رجل ارضه يضمن قيمته وكذا له حصة من الثمن حتى لو ادعى رجل شرب الارض
بشربها لغيره فشهد شاهد بذلك وسكت الاخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في ثمن الارض
وانما لم يجز بيعه في رواية وهو اختيار مشايخ بخارى للجهالة وان سقط العلو بعد البيع قبل القبض
بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض ولا يجوز بيع المسيل وهبته ويجوز بيع الطريق وهبته والمسالة تحتمل
وجهين احدهما بيع رقبة الطريق والمسيل والثاني بيع حق المرور وحق تسييل الماء فان كان المراد به
الاول فالفرق بينهما ان رقبة الطريق معلوم الطول والعرض فيجوز بيعه واما رقبة المسيل فمجهول

لان معقود انما يستغله المارون لا الارض بحلف بغلة الماء وشربه حتى لو بين حدوده جاز وكذا لو
باع جزءا شائعا منه جاز لانه معلوم وان كان المراد به الثاني ففي بيع حق المرور روايتان في رواية
الزيادات لا يجوز وفي رواية ابن سماعة يجوز والفرق بينه وبين التسييل على رواية ابن سماعة ان
حق المرور معلوم وهو الطريق على ما بينا اما التسييل فمتعلق بمجهول لانه متعلق برقبة المسيل وهو مجهول
على ما بينا ووجه الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز بيعه باتفاق الروايات وبين حق المرور في الطريق
حيث يجوز بيعه في رواية ابن سماعة ان حق المرور متعلق برقبة الارض ورقبة الارض مال وهو عين
فما تعلق به كان له حكم المال وحق التعلي متعلق بالهواء والهواء ليس بعين مال ولا له حكم المال فلا يجوز **ولنا**
وامة تبين انه عبد وكذا عكسه اي لو اشترى او باع شخصا على انه امة فتبين انه عبد او على انه عبد فتبين
انه امة لم يجز البيع وهذا استحسان والقياس ان يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه اختلاف الوصف
اذ الذكورة والانوثة وصف في الحيوان وهو يوجب الخيار لا الفساد كما في البهائم فانه اذا اشترى
كبشا مثلا فاذا هو نعجة او بالعكس لا يفسد البيع وانما يثبت له الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه كما
اذا اشترى عبدا على انه خباز او كاتب فاذا هو بخلاف ذلك **وجه** الاستحسان ان الذكر والانثى من
بني ادم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت في المقاصد فان المقصود من العبد الاستخدام خارج
الدار ومن الامة الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد فصارا جنسا
اخر غير الذكورة ومن غيره جنس واحد لتفاوت المقصود فان المقصود منه الحمل والركوب
ونحو ذلك فالانثى والذكر من الحيوانات يصلحان لذلك فيكونان جنسا واحدا واختلاف الجنس يكون
باختلاف المقاصد لا يرى ان الخل والدبس جنسان لما قلنا وان اتحد اصلهما ثم في مختلفي الجنس يتعلق العقد
بالمسمى اذا اختلف فيه المسمى والمشار اليه لان التسمية ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة
لتعريف الذات فاذا قال هذا صار الذات معينا ولا اشتراك فيه لغيره والتسمية لاعلام الماهية وهو
امر زائد على اصل الذات فكان ابلغ في التعريف ويحتاج في مقام التعريف الى ما هو ابلغ فيه فكانت
الاشارة اولى بالاعتبار في متحدي الجنس لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه فامكن
الجمع بينهما بان يجعل الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب فيثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه
بخلاف مختلفي الجنس لان المسمى فيه مثل المشار اليه وليس بتابع له فلا يمكن ان يجعل احدهما تبعا للاخر
فيعتبر الاعرف عند تعذر الجمع بينهما وهذا هو الاصل في العقود كلها كالاجارة والنكاح والصلح عن دم
العمد والخلع والعتق على مال ثم اذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس يقع البيان باطلا عند بعض المشايخ
لانه معدوم وبيع المعدوم لا يجوز الا في السلم وقال بعضهم انه فاسد وهو اختيار الكرخي لانه باع المسمى
واشار الى غيره فصار كانه باع شيئا بشرط ان يسلم غيره وذلك فاسد والاجارة مثل البيع لانها تبطل بالشرط
الفاسد والنكاح واشباهه لا يفسد بالشرط الفاسد ولكنه ينظر ان كان المسمى يمكن ضبطه كالثياب
والحيوان الموصوف او المكيل او الموزون يجب المسمى بحاله كانه سماه ولم يشر الى شيء وان لم يمكن ضبطه يجب
مهر المثل كانه لم يسم شيئا لانه لا يصلح ان يثبت في الذمة **قال** ومن اشترى ما باع باقل مما باع قبل النقد ومعناه
انه لو باع شيئا وقبضه المشتري ولم يقبض البائع الثمن فاشتراه باقل من الثمن الاول لا يجوز وقال الشافعي

رحمه الله يجوز وهو القياس لان الملك فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه باي قدر كان من الثمن كما اذا باعه من
غير البائع او منه بمثل الثمن الاول او باكثر او بعرض او باقل بعد النقد **ولنا** ما روي عن ابي اسحق السبيعي
عن امرأته انها دخلت على عائشة رضي الله عنها فدخلت معها ام ولد لزيد بن ارقم فقالت يا ام المؤمنين اني بعت
غلاما من زيد بثمانمائة درهم نسيئة واني ابتعته منه بستمائة نقدا فقالت لها عائشة بئس ما شريت وبئس ما
اشتريت ان جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قد بطل الا ان يتوب رواه الدارقطني فهذا الوعيد
دليل على ان هذا العقد فاسد وهو لا يدرك بالرأي فدل على انها قالته سماعا ولا يقال قد روي انها
قالت ابلغي زيدا ان الوعيد للاجل فلعلها الحقت عليها ذلك لانا نقول كانت عائشة رضي الله عنها ترى البيع الى العطاء
ولان الثمن لم يدخل في ضمان البائع قبل قبضه فاذا عاد اليه عين ماله بالصفة التي خرج من ملكه وصار بعض الثمن
قصاصا ببعض بقي له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص بخلاف ما اذا اشتراه
بمثل الثمن الاول او باكثر لان الربح فيه حصل للمشتري بعد ما دخل المبيع في ضمانه ولو اشتراه ممن لا تجوز شهادته
له كولده ووالده وعبده ومكاتبه فهو بمنزلة شراء البائع بنفسه وقالا ابو يوسف ومحمد يجوز في غير العبد والمكاتب
لان الاملاك متباينة بخلاف المملوك لان كسبه لسيده وله في كسب مكاتبه حق الملك فكان تصرفه كتصرفه
وله ان شراء هؤلاء كشراء البائع بنفسه لاتصال منافع الملك بينهم وهو نظير الوكيل بالبيع اذا عقد مع هؤلاء ولو
اشترى ما باعه بالوكالة وكيله لم يجز ايضا لانه لما باع باذنه صار كبيعه بنفسه ثم اشترى بالاقل وكذا
لو وكل رجلا ببيع عبده بالف درهم فباعه ثم اراد الوكيل ان يشتري العبد باقل مما باع لنفسه او لغيره بامره
قبل نقد الثمن لم يجز ما اشتراه لنفسه فلان الوكيل بالبيع بائع لنفسه في حق الحقوق فكان هذا شراء البائع من
وجه والنائب من وجه كالنائب من كل وجه في باب الحرمات واما لغيره فلان شراء المأمور واقع له من حيث
الحقوق فكان هذا شراء ما باع لنفسه من وجه وكذا لو اشترى من وارث مشتريه باقل مما اشترى به المورث
لم يجز لقيام الوارث مقام المورث بخلاف ما لو اشترى وارث البائع باقل مما باع به مورثه فانه يجوز
وعن ابي يوسف انه لا يجوز كالفصل الاول والفرق على ظاهر الرواية ان الوارث يقوم مقام المورث
فيما يرث لا فيما لا يرث ووارث البائع لم يقم مقام البائع في هذا الشراء لانه لم يملك الشراء بطريق الارث لانه
كان يملك الشراء لنفسه حال حياة مورثه فكان كالاجنبي في ذلك واما وارث المشتري فقائم مقام المشتري
في هذا البيع لان ولاية المبيع له من احكام ملك المورث فانه كان يملك البيع حال حياة مورثه لانه ملك مورثه ولما
قام وارث المشتري مقامه في بيع هذا العين بحكم الارث صار بيع الوارث وبيع المورث سواء فكما لا يجوز بيع
المشتري لا يجوز بيع وارثه وشرطنا ان يكون الشراء من مشتريه او من وارثه لانه لو باعه المشتري من رجل
او وهبه لرجل او اوصى لرجل ثم اشتراه البائع الاول من ذلك الرجل يجوز لان اختلاف سبب الملك كاختلاف
العين ثبت بحديث بريرة حيث قال عليه السلام هي لها صدقة ولنا هدية وشرطنا ان يكون المبيع على حاله لم
ينتقص لانه اذا تعيب المبيع في يد المشتري فباعه من البائع باقل من الثمن الاول جاز لان المانع ربح ما لم
يضمن وانما يظهر الربح اذا صار اليه المبيع كما خرج عن ملكه فاذا لم يعد اليه كما خرج عن ملكه جعل
النقصان بمقابلة العيب الحادث عند المشتري فكان مشتريا ما باع بمثل الثمن الاول معنى وشرطنا ان
يكون النقصان من حيث الذات لانه لو نقصت قيمته بتغير السعر لم يجز شراؤه باقل مما باع لان تغير السعر

غير معتبر في حق الاحكام كما في حق الغاصب وغيره فعاد اليه المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الربح وشرطنا
اتحاد الثمنين جنسا لانه اذا اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الاول يجوز وان كان الثمن الثاني اقل لان
الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس والدنانير جنس الدراهم هنا حتى لو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه
بالدنانير وقيمتها اقل من الثمن الاول لم يجز استحسانا وجاز قياسا وهو قول زفر لانهما جنسان حتى يجري
ربا الفضل بينهما **ولنا** انهما جنسان صورة وجنس واحد معنى لان المقصود بهما واحد وهو الثمنية فبالنظر الى
الاول يصح وبالنظر الى الثاني لا يصح فغلبنا المحرم على المبيح لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام الا
وقد غلب الحرام الحلال رجلان باعا عبدا بينهما بالف فقال لاحدهما كله بالف كل نصف بخمسمائة ثم اشتراه احدهما
بخمسمائة قبل النقد فسد في نصفه لانه شرا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وصح في نصيب شريكه لانه ما باع
ولا بيع له ولو قال لاحدهما بعني نصيب فلان بخمسمائة ثم قال الاخر بعني نصيب فلان بخمسمائة ثم اشترى احدهما الكل
بخمسمائة فسد في نصيبه لان نصفه وهو الربع باعه بنفسه ونصفه وهو الربع بيع له واما نصيب صاحبه
ففسد في نصفه وهو الربع لانه باعه له وصح في الربع الاخر فدفع ثمنه لانه باع ولا بيع له وان اشترياه
معا في هذه الصورة صح شرا كل واحد منهما في ثمنه بثمن الثمن لانه لو اشتراه احدهما صح شراؤه في الربع فاذا
اشترى كل واحد منهما نصفا شائعا صح شرا كل واحد منهما في نصف ذلك وهو الثمن ضرورة ولو باعاه بالف
ثم اشترياه بخمسمائة صح شرا كل واحد منهما في ربعه لان كل واحد منهما اشترى نصفا شائعا نصفه فيما باع
ففسد ونصفه فيما باع شريكه فيصح في نصفه الذي لم يبعه له بل باعه لنفسه ولو باع مع وكيله بالف ثم
اشتراه الموكل بخمسمائة لا يصح لان احد النصفين باعه بنفسه والنصف الاخر بيع له ولو اشتراه الوكيل
فسد في النصف الذي باعه هو وصح في النصف الاخر لانه ما باع ولا بيع له ولو باع الوكيل كله ثم اشتراه احدهما
لا يصح اما الوكيل فلانه باع واما الموكل فلانه بيع له **قال** وصح فيما ضم اليه اي صح البيع فيما ضمه المشتري
بان اشترى مثلا جارية بالف ثم باعها واخرى معها بالف من البائع قبل نقد الثمن جاز البيع في التي لم يشترها
من البائع ويفسد في الاخرى لانه لابد ان يجعل الثمن بمقابلة الكل فيكون مشتريا للاخرى
باقل مما باع وهو فاسد ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه حتى لو قضى القاضي بجوازه صح
ولانه باعتبار شبهة الربا ولانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها **قال**
رحمه الله وزيت على ان يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا وصح لو شرط ان يطرح بوزن
الظرف اي لا يجوز بيع زيت كل رطل بدرهم على انه يزنه بظرفه ويطرح عن الزيت الموزون مكان كل ظرف خمسين
رطلا ويجوز ان يشترط ان يطرح بوزن الظرف لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه وهذا
لان مقتضى العقد ان يخرج عنه وزن الظرف فاذا طرح خمسين مثلا يحتمل ان يكون اكثر من الظرف واقل
الا اذا عرف ان وزنه خمسون رطلا فحينئذ يجوز لانه يقتضيه العقد **قال** رحمه الله وان اختلفا في
الزق فالقول للمشتري لانه المنكر بيانه انه لو اشترى سمنا في زق فرد المشتري الزق وهو عشرة ارطال
فقال البائع الزق غير هذا وهو كان خمسة ارطال لانه ان اعتبر اختلافا في الزق فالقول قول القابض
ضمينا كان او امينا كالغاصب والمودع وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في مقدار
الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان وان كان الاختلاف في الثمن لان الاختلاف

في الثمن يثبت تبعا للاختلاف فيما في الظرف والاختلاف في الظرف لا يوجب التحالف لانه ليس بمقصود بالعقد
ولا معقود عليه اصلا فكذا فيما يثبت تبعا له اذ التبع لا يخالف الاصل ولان التحالف ورد على خلاف القياس
فيما اذا كان الاختلاف في موجب العقد قصدا ضرورة ان كل واحد منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه
والاختلاف في الزق ليس في معناه فلا يلحق به **قال** ولو امر ذميا بشراء خمر او بيعها صح وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وعلى هذا الخلاف التوكيل ببيع الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم الحلال ببيع
صيده لهما ان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل ولا ولاية للموكل في هذا التصرف فلا يوليه كتوكيل المسلم
وكيلا مجوسيا بان يزوجه مجوسية حيث لا يجوز بالاتفاق ولان ما يثبت له ينتقل اليه فصار كأنه باشره
بنفسه ولانه بين الوكيل والموكل يجري حكم المبادلة حتى يجعل الوكيل بمنزلة البائع والموكل بمنزلة
المشتري الا ترى انه يحبس المبيع بالثمن ويرده الموكل عليه بالعيب ويجري التحالف بينهما عند التجاحد
ولابي حنيفة رحمه الله ان الوكيل اصل بنفس التصرف الا ترى انه يملك الخمر والخنزير بالارث بان كان الذمي
فاسلم فمات قبل ان يسيب الخنزير ويخلل الخمر يرثه ورثته المسلمون وكذا اذا تخمر عصيره يبقى على ملكه بخلاف
توكيل المسلم المجوسي ان يزوجه المجوسية لانه سفير ومعبر فيكون مضافا الى الموكل وبخلاف ما اذا
انقلب كافر او مسلم خمرا الا انه سفير كالتزويج فيقع الحكم فيه للمسلم ابدا وحقوقه راجعة اليه ثم يتصدق بثمن الخمر
ان باعها الوكيل له لتمكن الخبث فيه لقوله عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها وفي التوكيل
بشرا الخمر يملكها حكما فيخللها لانه منع الانتفاع بعينها فله ان يتصرف فيها على وجه يتوصل به الى الانتفاع بها
كما اذا ورثها او تخمر عصيره وعليه ثمنها يدفعه الى الوكيل لانتقال الملك اليه من جهته حكما فلزمه البدل
وان كان خنزيرا يسيبه وقولهما لا ولاية للموكل في هذا التصرف قلنا اهليته ممنوع بمسائل منها ان رجلا لو وكل
عن غيره بشراء عبد بعينه لا يملك ان يشتريه لنفسه فلو وكل من يشتريه له فاشتراه له ملكه ومنها اذا مات
ذمي وخلف خمرا يامر القاضي ذميا ببيعها وان لم يملك بيعها هو ومنها لو كان مسلما وصيا لذمي وللميت
خمر يامر الوصي المسلم ذميا ببيعها وان لم يملكه هو واما نكاح المجوسية فان المسلم لا يملكه ابدا ولا بقاء
فلا يملك اثباته له حكما للتصرف فيه بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولان المقصود من البيع الملك والمسلم اهل للملك بهما
والمقصود من النكاح الحل ولا يفيد الحل فيلغو **قال** وامة على ان يعتقها المشتري او يدبر او يكاتب او يستولد
اي لا يجوز بيع امة على ان يفعل بها المشتري شيئا من هذه الاشياء لنهيه عليه السلام عن بيع وشرط والاصل
فيه ان كل شرط لا يقتضيه العقد وهو غير ملائم له ولم يرد الشرع بجوازه ولم يجر التعامل فيه وفيه منفعة
لاهل الاستحقاق فمفسد لما روينا فان شرط فيه ما يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري او شرط فيه ملائم
للعقد كالرهن والكفالة جاز لانهما للتوثقة وكذا شرط جانب الاستيفاء والمطالبة لان استيفاء الثمن
مقتضى العقد وموكد فهو ملائم له اذا كان معلوما بان كان الرهن والكفالة معينين او شرط فيه ما ورد
الشرع بجوازه كالخيار والاجل او شرط فيه ما جرى التعامل فيه بين الناس كشراء النعل على ان يحذوها البائع او
يشركها او شرط فيه ما لا منفعة فيه لاهل الاستحقاق واهل الاستحقاق هو البائع والمشتري والمبيع
الادمي والاجنبي لا يفسد البيع لورود الشرع به او التعامل او لكونه ملائما وما عدا ذلك من الشروط
مفسد لما فيه من زيادة عرية عن العوض فيفضي الى الربا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن

مقصوده لان المقصود من شرع الاسباب في المعاملات قطع النزاع لتحققه المباشر للسبب وقال الشافعي يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وتفسيره ما قلنا **ولنا** انه لا يقتضيه العقد اذ هو يقتضي الاطلاق اي تصرف شاء لا تصرفا معينا فاشتراطه مثله فيه مفسد له كاشتراط التدبير والاستيلاد والكتابة فيه وتفسير بيع النسمة ان يبيعه ممن يعرف انه يعتقه كما اذا باعه ممن يطلب رقبة للاعتاق عن كفارة او نذر وقيل تفسيره ان يعتقه المشتري قبل الشراء ثم يشتريه من غير شرط في العقد ولو اعتقه المشتري جاز البيع عند ابي حنيفة رحمه الله ويجب عليه الثمن وقالا يجب عليه القيمة وهو القياس لان شرط الاعتاق مفسد فبحقيقته يتقرر الفساد ولا يرتفع كسائر الشروط المفسدة فصار كما اذا اتلفه بوجه اخر **وجه** الاستحسان ان شرط الاعتاق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما بينا ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر فلوجود صورة الشرط قلنا بفساد فاذا اعتق العقد حكمنا بجوازه لتحقق الملائمة وهذا لانهما في الحال قبله موقوفا بخلاف الاستيلاد والتدبير حيث لا يعود صحيحا بهما لانهما ليسا بمنهيين للملك وكذا اذا اتلفه بوجه اخر ولو باع جارية بشرط ان يطأها المشتري او بشرط ان لا يطأها فسد البيع عند ابي حنيفة لان العقد لا يقتضيه لانه يقتضي الاطلاق لا الانتفاع لا الحجر منه ولا الالزام وقال ابو يوسف صح في الاول لان العقد يقتضيه وفسد في الثاني لانه لا يقتضيه وعند محمد صح فيهما لان الثاني انه لم يقتضيه العقد فلا يرجع نفعه الى احد فكان هذا شرطا لا مطالب له فلا يؤدي الى النزاع فلا يفسد **قال** او الا حملها اي لا يجوز بيع امة الا حملها لان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه والحمل لا يجوز افراده بالبيع فكذا استثناؤه لانه بمنزلة الاطراف فصار شرطا فاسدا وفيه منفعة للبائع فيفسد البيع ثم استثناء الحمل في العقود على ثلاث مراتب في وجه يفسد العقد والاستثناء كالبيع والاجارة والكتابة والرهن لان هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد من الشروط اي مما يقوم به العقد حتى لو كاتب بشرط ان لا يخرج من البلد لا تفسد وله ان يخرج لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين في الحالين وفي وجه العقد جائز والاستثناء باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء ويجوز الحمل تابعا للام في هذه العقود نصر هو حيث صارت هي وفي وجه يجوز العقد والاستثناء وهو الوصية حتى لو اوصى بجاريته لانسان الا حملها صح وكذا لو اوصى بحملها لاخر صح لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيه فكذا الوصية بخلاف الخدمة وفي العتق يتبعها الحمل ولو اعتق الحمل وحده صح **قال** او يستخدم البائع شهرا او دارا على ان يسكن او يقرض المشتري درهما او يهدي له هدية او يسلم الى كذا وثوب على ان يقطعه البائع او يخيطه قميصا لان هذه الشروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحدهما فيفسد ولانه ان كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط فهو اجارة مشروطة في بيع وان لم يكن بمقابلته شيء فهو اعارة مشروطة فيه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقة في صفقة ولان الاجل يختص بالديون لانه شرع للترفيه حتى يتمكن من التحصيل به دون الاعيان ولان الاجل يختص بالديون اذ هي حاصلة متعينة بالعقد فلا حاجة فيها الى التاجيل فيكون اشتراطه مفسدا **قال** وصح بيع نعل على ان يحذوه او يشركه وقال زفر

لا يجوز وهو القياس لان فيه شرطا لا يقتضيه العقد **وجه** الاستحسان ان الناس تعاملوه وبمثله يترك القياس ولهذا اجزنا الاستصناع واستيجار الصباغ والظئر والحمام وان كانت اجارة على استهلاك الاعيان **قال** رحمه الله لا البيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يدر المتعاقدان ذلك يعني لا يجوز البيع الى هذه الاجال لانها مجهولة فيفضي الى المنازعة وقالوا اذا باع الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام وهي معلومة **قال** والى قدوم الحاج والحصاد والدياس والقطاف اي لا يجوز البيع الى هذه الاجال لانها تتقدم وتتاخر فتكون مجهولة وهذا لان هذه الاشياء افعال العباد فتختلف بحسب ما يبدو لهم والاجال شرعت بالاوقات قال الله تعالى يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس وكذا الى الجزاز لما ذكرنا وهو جز الصوف وكذا الى الجداد بالدال المهملة عام في قطع الثمار وبالمعجمة خاص في النخل والحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع وقرئ بهما قوله تعالى واتوا حقه يوم حصاده والقطاف قطع العنب من الكرم والدياس ان يوطأ الطعام بالدواب **قال** ولو كفل الى هذه الاوقات صح لان هذه جهالة يسيرة وهي متحملة في الكفالة لانها تبرع فيجري التسامح فيها بخلاف البيع لانه مبادلة المال بالمال فيكون مبناه على المماكسة والمضايقة فاذا كانت يسيرة امكن رفعها باقصائها بخلاف ما اذا كانت فاحشة كالكفالة الى هبوب الريح لان الكفالة تشبه النذر ابتداء لكونها التزاما محضا من غير ان يقابله شيء وفي النذر يتحمل الجهالة وان كانت فاحشة وهي معاوضة انتهاء باعتبار الرجوع على المكفول عنه ولا يتحمل الجهالة في المعاوضات وان كانت يسيرة فعملنا بالشبهين في الحالين الا ترى ان الجهالة في الكفالة يتحمل في اصل الدين حتى لو تكفل بما ذاب له على فلان صح فبالوصف وهو الاجل اولى بخلاف البيع حتى لا يصح بثمن مجهول اصلا كذا في وصفه **قال** ولو اسقط الاجل قبل حلوله صح اي لو باع الى هذه الاجال ثم اسقط المشتري الاجال قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع وقال زفر والشافعي لا يجوز لان العقد وقع فاسدا فلا ينقلب صحيحا باسقاط المفسد كما اذا اسقط الدرهم الزائد عن بيع الدرهم بالدرهمين وكما اذا تزوج امرأة الى عشرة ايام ثم اسقط الاجل **ولنا** ان المفسد شرط خارج عن صلب العقد وهو يسير ولهذا اختلفت الصحابة فيه فينقلب صحيحا عندنا لانه او نقول العقد موقوف فبالاسقاط تبين انه كان جائزا على ما قاله مشايخنا هو الصحيح لان فساده باعتبار انه يفضي الى المنازعة وقبل مجيئه لا منازعة فلا يفسد والاول قول مشايخ العراق وعلى هذا الخلاف كل عقد ينقلب صحيحا باسقاط المفسد ينعقد فاسدا عندهم وموقوفا عند مشايخنا بخلاف الدرهم الزائد لان الفساد فيه في صلب العقد لانه في احد العوضين وبخلاف الاجل في النكاح لانه عقد غير النكاح وهو المتعة والعقد لا ينقلب عقدا اخر وقوله ولو اسقط الاجل قبل حلوله اي اسقطه من له الحق فيه وهو المشتري لان الاجل حقه فينفرد باسقاطه ولا يشترط فيه التراضي وقول القدوري في مختصره فان تراضيا باسقاط الاجل وقع اتفاقا لا شرط لان رضى من له الحق يكفي ولو باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات جاز لانه تاجيل الدين والجهالة في تاجيل الدين متحملة لخلو العقد عن المفسد بخلاف ما اذا كانت في العقد لان الجهالة مقارنة له فتفسده **قال** ومن جمع بين حر وعبد او بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره او بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك **اما** الاول فالمذكور على اطلاقه قول

ابي حنيفة وعندهما ان بين ثمن كل واحد منهما في العبد والذكية والا فلا لانه اذا بين ثمنهما صارا صفقتين فيتقدر الفساد بقدر المفسد بخلاف ما اذا لم يسم لكل واحد ثمنا لانه يبقى بيعا بالحصة ابدا وهو لا يجوز ولنا ان الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فيبطل وهذا لان الحر والميتة لا يدخلان في العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون قبول العقد في الحر والميتة شرطا لجواز العقد في العبد والذكية فيبطل واما الثاني فهو قول علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يصح لان محل العقد المجموع ولا يتصور ذلك لان انتفاء المحلية في المدبر ونحوه كام الولد والمكاتب وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لصحة العقد في المال فيفسد كالفصل الاول والفرق بين الفصلين لابي حنيفة مطلقا ولهما اذا لم يفصل الثمن ان المدبر ونحوه يدخل تحت البيع ثم ينقض في حقه فينقسم الثمن عليهما حالة البقاء وهو غير مفسد وفي الفصل الاول الحر ونحوه لا يدخل في البيع اصلا فلو جاز البيع فيما ضم اليه لكان بيعا بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة الثمن عند العقد بخلاف النكاح حيث يجوز نكاح المحللة اذا ضم اليها المحرمة فيعقد عليهما جملة لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا بجهالة المهر فيكون صحيحا والدليل على ان المدبر وام الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل في البيع ان القاضي لو قضى بجواز بيع المدبر وام الولد ينفذ وفي المكاتب ينفذ برضاه في الاصح وفي عبد الغير باجازة مولاه ولولا انهم مال ولم يدخلوا في العقد لما نفذ كما في الحر والميتة وانما يخرجون من العقد بعد الدخول لاستحقاقهم انفسهم في المدبر وام الولد والمكاتب وفي عبد الغير لاجل مولاه فلا يكون بيعا بالحصة ابتداء بل في حالة البقاء فلا يفسد وفيما اذا جمع ملك ووقف روايتان في رواية يفسد في الملك لان البيع لا ينعقد على الوقف لانه صار محرزا عن الملك والتمليك فصار كما لو جمع بين حر وعبد وذكره الفقيه ابو الليث في نوازله والاصح انه يجوز في الملك لان الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الاموال غير انه لا يباع لاجل حق تعلق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالمدبر ونحوه بخلاف المسجد حيث يبطل العقد فيما ضم اليه لانه ليس بمال ولهذا لا ينتفع به انتفاع الاموال فصار كالحر ولو باع قرية ولم يستثن المساجد والمقابر لم يصح لما ذكرنا وقال في المحيط قيل يصح في الملك وهو الاصح لان البيع ينعقد على الوقف لانه مال متقوم الا ترى انه يضمن بالاتلاف وهذا مشكل فان المسجد كالحر على ما بينا فكيف يجوز البيع فيما ضم اليه ولا سبيل لهذا الا اذا جعل استثناء للمساجد فيكون كانه باعه غير مواضع المساجد

فصل

قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد وكل من عوضيه مال ملك المبيع بقيمته معناه اذا قبضه ملكه ولزمه قيمته اذا كان القبض بامر البائع وفي العقد عوضان وكل واحد منهما مال ذكر القبض لانه قبله لا يفيد الملك وذكر البيع الفاسد احترازا عن الباطل فانه لا يفيد الملك على ما عرف ولا بد له من اذن صريح بعد الافتراق وقبله في المجلس يكفي بالدلالة لان البيع تسليط منه على القبض اذ مراده ان يملك المشتري ولا يكون ذلك الا بالقبض فكان تسليطا منه عليه كما في الهبة بخلاف البيع الصحيح فان الايجاب فيه لا يكون تسليطا منه على القبض لان مقصوده وهو التملك يحصل بدونه فلا حاجة الى اثباته هذا اذا لم يقبض الثمن وقبضه وهو مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير وان كان مما يملك به وقبضه كان اذنا منه بالقبض دلالة فلا يحتاج فيه الى التصريح به وان كان بعد المجلس وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ليخرج عنه البيع بالميتة ونحوه والبيع مع نفي الثمن في رواية بخلاف البيع

مع السكوت حيث ينعقد وقوله ملك المبيع بقيمته يعني بقيمته يوم القبض لانه به دخل في ضمانه وعند محمد تعتبر قيمته يوم التلف لانه به يتقرر عليه اذا كان المبيع من ذوات القيم وان كان من ذوات الامثال ملكه بمثله اذ هو الاعدل لكونه مثلا له صورة ومعنى فلا يعدل عنه مع امكانه كما في الغصب وهذا على قول مشايخ بلخ وقال مشايخ العراق لا يملك العين وانما يملك فيها التصرف خاصة بحكم تسليط البائع عليه استدلالا بما قال محمد رحمه الله انما جاز بيعه لان البائع سلطه على ذلك وقال ايضا من اشترى دارا شراء فاسدا فلا شفعة للشفيع فيها ولو ملكها المشتري لاخذها الشفيع وكذا لو اشترى جارية لا يحل له وطؤها ولو وطئها يجب عليه العقر اذا ارتفع الفساد وردها الى البائع ولو ملكها لحل ولم يجب العقر لمصادفته ملكه كالامة الموهوبة تحل له وطؤها ولا يجب عليه العقر اذا رجع الواهب فيها وكذا لو ربح فيها لا يطيب له الربح ولو ملكها لطاب وكذا لا يحل له اكل طعام اشتراه شراء فاسدا ولو ملكه لحل وجه القول الاول وهو الاصح ان الاب او وصيه لو باع عبدا للصغير بيعا فاسدا فاعتقه المشتري نفذ عتقه وكان الولاء له ولو لم يملكه لما نفذ لان الاب والوصي لا يملكان الاعتاق ولا التسليط عليه وكذا لو اشترى دارا شراء فاسدا فبيعت بجنبها دار اخذها المشتري بالشفعة ولو لم يملكها لما استحق الشفعة وكذا لو اشترى جارية وردها على البائع يجب عليه الاستبراء ولو لم يخرج عن ملكه لما وجب وانما لم يحل له التصرفات من الوطء والاكل ولم يجب الشفعة فيها لان الاشتغال بالوطء ونحوه اعراض عن الرد وهو واجب شرعا وفي قضاء القاضي بالشفعة تاكيد الفساد وتقريره وما ذكره محمد رحمه الله من التسليط لا يدل على انه لا يملكه اذ المشتري يتصرف في المبيع بتسليط البائع بسبب تمليكه اياه وقال الشافعي رحمه الله لا يملك بالفاسد العين ولا التصرف وان قبضه لانه محظور لكونه منهيا عنه والنهي يقتضي التحريم والملك نعمة لكونه ذريعة الى قضاء المآرب ووسيلة الى تحصيل المطالب فلا يناط به اذ لا ملاءمة والملاءمة شرط بين الاثر والمؤثر ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين كونه مشروعا وبين كونه منهيا عنه لان النهي يقتضي قبحه والمشروعية تقتضي حسنه وبينهما تناف فكان باطلا الا ترى انه لا يفيده قبل القبض وبه يزداد الحرمة والفساد فلا يثبت له الملك فيه فصار كالميتة وبيع الخمر بالدراهم **ولنا** ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي عن الافعال الشرعية يقرر المشروعية عندنا بخلاف النهي عن الافعال الحسية لان النهي يقتضي التصور ولهذا لا يقال للاعمى لا تبصر ولا للانسان لا تطر لعدم التصور منه فاذا كان من شرطه التصور وتصور الافعال الشرعية بالشرع فاذا لم يكن مشروعة لم يكن متصورة فيبطل النهي اذ حقيقة النهي تصرف في المكلف بالمنع مع قيام المنهي عنه وهو المحل على حاله فاقتضى وجوده ووجوده بالشرع فصارت مشروعة ضرورة صحة النهي والافعال الحسية متصورة بذاتها فلا ضرورة الى جعلها مشروعة وهذا بخلاف النسخ فانه تصرف في المحل بازالته من غير تعرض للمكلف فكانا في طرفي نقيض فلا يمكن حمل احدهما على الاخر وتحقيق هذا ان النهي عن العقود المشروعة لا يخرجها من ان تكون مشروعة وانما يحرم مباشرتها وتحصيل الحكم بذلك السبب مع نفاذه سببا له عندنا كما اذا كان النهي لمعنى في غيره كالبيع عند اذان الجمعة فانه مشروع على حاله يفيد الحكم غير انه محظور ولا يقال البيع عند الاذان نهي عنه لغيره وفيما نحن فيه لمعنى في نفسه فلا يبقى

عليه مما ليس في معناه لانا نقول النهي فيهما لمعنى في غيره لان ذلك الغرر في المستشهد به منفصل عنه مجاور له وفيما نحن فيه متصل به وصفا فكان النهي فيهما لمعنى في غيره الا ترى انه لولا الشرط لجاز العقد غاية الامر ان الوصف اقوى اتصالا من المجاور وذلك لا يوجب عدم المشروعية فكان مشروعا بذاته غير مشروع بوصفه وظهر اثر القوة في انعقاده فاسدا لا ينعقد الملك الا بالقبض وهذا لانه لو اوجب الملك قبله لثبت بلا عوض اذ المسمى لا يجب للفساد وضمان القيمة لا يجب الا بالقبض ولانه واجب الرفع بعد القبض للفساد المتصل به فوجوب الامتناع عن المطالبة اولى وذلك بعدم الملك ولان ثبوت الملك به قبل القبض يؤدي الى تقرير الفساد من حيث ان فيه الزاما بما يجب عليه تسليم ملك غيره وبالقبض يتقرر العقد وهو له وبينهما تناف فلنا لانا في اذا جعلناه مشروعا من وجه دون وجه على ما بينا والمتعة ليست بمال في حق احد فانعدم الشرط واذا باع الخمر بالدراهم فقد جعلها ثمنا وهي لا تجب بالعقد فلو انعقد لوجب قيمتها لتعذر تسليمها والقيمة لا تصلح ثمنا وانما تكون ثمنا اذ لا عهد لنا في الشرع ان تكون القيمة ثمنا في صورة من الابتياعات

قال رحمه الله ولكل منهما فسخه يعني على كل واحد منهما فسخه لان رفع الفساد واجب عليهما والكلام يكون بمعنى على قال الله تعالى وان اساتم فلها اي فعليها ويتمكن كل واحد منهما من الفسخ قبل القبض بعلم صاحبه لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان بمنزلة البيع الذي فيه الخيار فكان كل واحد منهما يستبد من فسخه من غير رضا الاخر لكنه يتوقف على علمه لان فيه الزام الفسخ له فلا يلزمه بدون علمه واما بعد القبض فان كان الفساد في صلب العقد بان كان راجعا الى احد البدلين كالبيع بالخمر او الخنزير فكذلك ينفرد احدهما بالفسخ لقوة الفساد وان كان الفساد لشرط زائد بان باع الى اجل مجهول او غيره مما فيه منفعة لاحد المتعاقدين يكون لمن له منفعة الشرط الفسخ دون الاخر عند محمد لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة اليه كان قادرا على تصحيحه بحذف الشرط فكان في حقه بمنزلة الصحيح فلا ينفرد عليه فلو فسخ الاخر لابطل حقه عليه وعندهما لكل منهما فسخه لانه مستحق النقض حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد ومن له النفع قادر على تصحيحه بالحذف والكلام على ما قبل التصحيح فيفسخه بعلم صاحبه في الكل وعند ابي يوسف لا يشترط علمه

قال الا ان باع المشتري او وهب او حرر او بنى اي اذا تصرف فيه هذه التصرفات ليس لواحد منهما ان يفسخ لان المشتري ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفه كلها وينقطع به حق البائع في الاسترداد سواء كان تصرفا يقبل الفسخ او لا يقبله الا الاجارة والنكاح فانهما لا يقطعان حق البائع في الاسترداد لان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار وهذا الشراء عذر يفسخ والنكاح لا يمنع من البيع فيفسخ ويرد على البائع والنكاح على حاله وما عداهما من التصرفات يقطع حق الاسترداد لانه تعلق به حق العبد والفسخ لحق الشرع وما اجتمع فيه حق الله وحق العبد الا وقد غلب حق العبد لحاجته وغنا الله تعالى بخلاف حق الشفعة حيث ينقض فيه تصرف المشتري لانه حق العبد فكانت اولى بالشفعة ولانه بالعتق قد هلك فيجب قيمته والبيع الثاني مشروع باصله ووصفه والاول مشروع باصله دون وصفه فكان الثاني اولى بالاعتبار وكذا الهبة مشروعة باصلها ووصفها فكانت اولى ولان تصرف المشتري حصل بتسليط البائع فلا ينقض بخلاف الشفيع حيث ينقض تصرف المشتري لعدم التسليط منه والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه اذا عجز المكاتب او فك الرهن

يعود حق الاسترداد لزوال المانع وهذا لو رجع في الهبة عاد حق الاسترداد سواء كان بقضا او بغير قضا لانه يعود اليه قديم ملكه في الوجهين وفي الرد بالعيب يعود حق الاسترداد لما ذكرنا وهذا كله اذا عاد المبيع الى ملك المشتري بما يكون فسخا قبل قضا القاضي بالقيمة على المشتري وان كان بعده لا يعود حق الاسترداد لانه قد تم لزوم القاضي فلا ينقض قضاؤه بعد ذلك كالعبد المغصوب اذا ابق ثم عاد بعد ما قضى على الغاصب بالقيمة وتعلق حق الوارث به لا يمنع حق الاسترداد لان ملك الوارث خلافة فكان في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب فيما اشتراه المورث ويرد عليه بخلاف ملك الموصى له على ما عرف في موضعه وقوله او بنى اي ينقطع حق الاسترداد ببنا المشتري في العقار المشترى شرا فاسدا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لا ينقطع وعلى هذا الخلاف الغرس لهما ان حق البائع في الاسترداد اقوى من حق الشفيع في الاخذ حتى يحتاج في الاخذ بالشفعة الى القضا ويبطل بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البائع ثم حق الشفعة مع ضعفه لا يبطل بالبنا والغرس فهذا اولى وله ان البنا والغرس حصل بتسليط البائع وهو مما يقصد به الدوام فينقطع حقه في الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يسقط ببيع المشتري وهبته فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظ الرواية عن ابي حنيفة ونص محمد رحمه الله ان للشفيع ان ياخذ العقار المشترى شرا فاسدا بالشفعة اذا بنى المشتري فيه عنده والبيع الفاسد لا يجب فيه الشفعة ما دام حق الاسترداد باقيا فلما وجبت فيه الشفعة عنده علم ان حق البائع في الاسترداد قد انقطع عنده وهذا ظاهر فاذا اخذه الشفيع ياخذه بالقيمة كما اذا باعه المشتري فانه ياخذه بالقيمة ان اختار الاخذ بالبيع الاول وينقض الثاني وان شا اخذه بالبيع الثاني بثمنه لانه بيع صحيح فاملك ايجاب ثمنه فاذا اخذه هنا بالشفعة ينقض البنا والغرس كما يفعل في البيع الصحيح ولا يقال اذا نقض الشفيع البناء عاد حق الاسترداد لزوال المانع لانا نقول ينقضه بعد ما دخل في ملكه وملكه مانع من الاسترداد ثم الاصل فيه ان المشتري متى فعل بالمبيع فعلا ينقطع به حق المالك في الغصب ينقطع به حق البائع في الاسترداد كما اذا كان حنطة فطحنها ولو صبغ الثوب روي عن محمد ان البائع بالخيار ان شا اخذه واعطى ما زاد فيه الصبغ وان شا ضمنه قيمته كما في الغصب

قال وله ان يمنع المبيع عن البائع حتى ياخذ الثمن منه يعني اذا تفاسخا بعد قبض العوضين كان للمشتري ان يحبس المبيع حتى يرد البائع الثمن الذي قبضه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن واقرب منه المبيع وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه مقدم عليه حال حياته فكذا يقدم على تجهيزه بعد وفاته وعلى هذا ارباب الديون والورثة وعلى هذا لو استاجر اجارة فاسدة ونقد الاجرة او ارتهن رهنا فاسدا او اقرض قرضا فاسدا واخذ به رهنا له ان يحبس ما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا لانهما معاوضة فموجب التسوية بين البدلين فان مات الموجر او الراهن او المستقرض فهو احق بما في يده من المعوض من سائر الغرما ولو اشترى من مديونه عبدا بدين سابق له عليه شرا فاسدا وقبض العبد باذن البائع فاراد البائع استرداد العبد بحكم الفساد ليس للمشتري ان يحبس العبد لاستيفا ما له عليه من الدين بخلاف الصحيح وكذا لو كانت الاجارة بدين سابق عليها وقبض المستاجر العبد ثم فسخ الموجر الاجارة بحكم الفساد له ان يسترد العبد قبل نقد الاجرة وليس للمستاجر الحبس بالاجرة بخلاف الصحيح وكذا الرهن الفاسد لو كان

القيمة بقضا م ... بي

د

استاجر وما ...

بدين سابق عليه قال وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري اي لو اشترى شيئا يتعين بالتعيين بما لا
يتعين كالدراهم والدنانير وربح كل واحد منهما طاب للبائع ما ربح في الثمن ولم يطب للمشتري ما ربح
في المبيع لان العقد يتعلق بما يتعين فيتمكن الخبث فيه ولا يتعلق العقد الثاني بما لا يتعين بل يجب مثله في
الذمة فلم يتمكن الخبث فيه فلا يجب التصدق به هذا في الخبث الذي لفساد الملك وان كان الخبث لعدم
الملك كالمغصوب والامانات اذا خان فيها المؤتمن فانه يشتمل ما يتعين وما لا يتعين عند ابي حنيفة ومحمد
لتعلق العقد بملك الغير فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق بملك الغير سلامة
المبيع وتقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة فتعتبر والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة
فلا تعتبر فصار في الحاصل ان الاموال نوعان ما يتعين بالعقد وما لا يتعين والحرمة نوعان حرمة لعدم الملك
وحرمة لفساده وقد ذكرناهما فتامله وهل يتعين رد المقبوض من الثمن بعينه في البيع الفاسد لم اقل
يتعين لانه قبض مضمون بالمثل فصار كالغصب وقيل لا يتعين لانه ملكه بالقبض فصار كما لو ملكه بالعقد
كما في البيع الصحيح والاول اصح وهو رواية ابي سليمان والثاني رواية ابي حفص وقيل على هذا لا يطيب له ما ربح
في الثمن عندهما كما في المغصوب قال ولو ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لا شيء عليه طاب له
ربحه اي ربحه في الدراهم لان الخبث لفساد الملك هنا لان الدين وجب بتصادقهما اولا فملكه ثم استحق
بالتصادق وانه لا دين عليه وبدل المستحق مملوك الا ترى انه لو باع عبدا بجارية فاعتقها المشتري ثم استحقت
الجارية لا يبطل العتق في العبد ولولا انه مملوك لبطل لانه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وكذا لو حلف ان لا
يفارق غريمه حتى يستوفي منه دينه فباعه عبدا بالدين فقبضه الحالف وفارقه ثم استحق العبد
مولاه ولم يجز البيع لا يحنث الحالف لان المدين ملك ما اخذ منه بالبيع وهو بدل المستحق فلا يحنث الحالف
بالاستحقاق فاذا كان مملوكا وهو بسبب خبث لكونه مملوكا بملك الغير لا يعمل فيما لا يتعين ويعمل فيما يتعين
على ما بينا من قبل قال وكره النجش والسوم على سوم غيره والنجش بفتحتين ويروى بالسكون ان يستام
السلعة بازيد من ثمنها وهو لا يريد شراءها بل ليراه غيره فيقع فيه وانما كره لما روى عن ابن عمر رضي الله عنه
انه عليه السلام نهى ان يبيع حاضر لباد وان تناجشوا رواهما احمد ومسلم والبخاري وقال عليه السلام
لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يسوم على غيره وفي لفظ لا يبيع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه
رواه احمد ومسلم والبخاري والمراد بالبيع الشراء وروى احمد عن ابن عمر انه عليه السلام قال لا يبيع احدكم
ولا يخطب على خطبة اخيه الا ان ياذن له وروى النسائي انه عليه السلام قال لا يبيع احدكم على بيع اخيه حتى
يبتاع او يذر ولان في ذلك ايحاشا واضرارا به فيكره وانما يكره النجش فيما اذا كان الراغب في السلعة
يطلبها بمثل ثمنها واما اذا طلبها بدون ثمنها فلا باس بان يزيد الى ان يبلغ قيمتها وكذا السوم انما يكره اذا
جنح قلب البائع الى البيع بالثمن الذي سماه المشتري واما اذا لم يجنح قلبه ولم يرض به فلا باس لغيره ان
يشتريه بازيد لان هذا بيع من يزيد وقد قال انس انه عليه السلام باع قدحا وحلسا فيمن يزيد رواه
احمد والترمذي ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه وكذا النهي عن الخطبة محمول على ما بعد الاتفاق
والتراضي قال وتلقي الجلب اي كره تلقي الجلوب وصورته ان واحدا من اهل المصر يتلقى الميرة فيشتري
منهم ثم يبيعه بما شاء من الثمن وانما كره لقول ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام نهى عن تلقي البيوع

فتامل

رواه احمد والبخاري ومسلم وعن ابي هريرة انه عليه السلام نهى ان يتلقى الجلب الحديث رواه احمد ومسلم
وغيرهما من ائمة الحديث هذا اذا كان يضر باهل البلد بان كانوا في قحط وان كان لا يضر بهم فلا باس به الا
اذا لبس السعر على الواردين قال وبيع الحاضر للبادي لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد فقيل لابن عباس ما قوله حاضر لباد
قال لا يكون له سمسارا رواه البخاري ومسلم واحمد وغيرهم وعن جابر انه عليه السلام قال لا يبيع حاضر لبادي
دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض رواه مسلم واحمد وابو داود وغيرهم وقال انس رضي الله عنه نهينا
ان يبيع حاضر لبادي رواه البخاري والنسائي وتفسيره ما ذكرناه عن ابن عباس رضي الله عنهما وفي الهداية
هذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز وهو يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم
واما اذا لم يكن كذلك فلا باس به لانعدام الضرر وفي شرح المختار هو ان يجلب البادي السلعة فياخذها
الحاضر ليبيعها له بعد وقت باغلى من السعر الموجود وقت الجلب قال والبيع عند اذان الجمعة لقوله تعالى
وذروا البيع ولان فيه اخلالا بالواجب على بعض الوجوه وهو السعي بان قعدا للبيع او وقفا له وذكر في
النهاية انهما اذا تبايعا وهما يمشيان فلا باس به وعزاه الى اصول الفقه لابي اليسر وهذا مشكل فان الله
قد نهى عن البيع مطلقا فمن اطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالراي والاذان المعتبر
في تحريم البيع هو الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار وقد بيناه في كتاب الصلاة قال لا بيع من يزيد
اي لا يكره بيع من يزيد وقد بيناه قال ولا تفريق بين صغير وذي رحم محرم منه سواء كان الاخر صغيرا
مثله او كبيرا لقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة
رواه احمد والترمذي وعن علي رضي الله عنه انه قال امرني النبي صلى الله عليه وسلم ان ابيع غلامين اخوين
فبعتهما وفرقت بينهما فذكرت ذلك له فقال ادركهما فارتجعهما ولا تبعهما الا جميعا رواه احمد وفي
رواية وهب لي النبي صلى الله عليه وسلم غلامين اخوين فبعت احدهما فقال لي ما فعل غلامك فاخبرته
فقال لي رده رده رواه الترمذي وابن ماجه وعن ابي موسى قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق
بين الوالد وولده وبين الاخ واخيه رواه ابن ماجه والدارقطني وعن علي انه فرق بين جارية وولدها
فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ورد البيع رواه ابو داود والدارقطني ولان الصغير يستانس
بالصغير والكبير بالكبير يتعاهده ويشفق عليه ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب
القرابة وفي التفريق بينهما ايحاش الصغير وترك المرحمة عليه وقال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم
يوقر كبيرنا فليس منا ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان احدهما له والاخر لابنه الصغير له ان يبيع
احدهما لان الملك متفرق فلا يمنع ولان النهي عن التفريق ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى
لا يدخل فيه قريب غير محرم ولا محرم غير قريب ولو كان التفريق بحق مستحق عليه لا يكره كدفع احدهما
بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنع عن التفريق لدفع الضرر عن الصغير فلا يمكن دفع الضرر عنه
على وجه يلحق الضرر بغيره وهو المولى لانه يتضرر بالزامه الفداء لولي الجناية والزامه القيمة للغرماء
والزامه المعيب من غير نقصان وكذا لا باس بالتفريق اذا تعذر اخراج احدهما بالتدبير او الاستيلاد
او الكتابة لما ذكرنا وله ان يعتق احدهما وان كان فيه تفريق لانه انفع له من بقائه على الرق ولانه

ليس بتفريق معنى لان الحر يقعد او يزيد ويمنعه حيث شاء ولو كان له ان يبيع احدهما ممن حلف بعتقه ان اشتراه
او ملكه لما ذكرنا في الاعتاق ويكره له ان يبيعه ولو كان الولد مسلما وامه كافرة بان اسلم ابوه ويبيعه
فيه ومولاهما كافر يؤمر ببيع الولد وحده لانه خير له من بقائه في ذل الكافر وفي النهاية هذا كله
اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا او ماذونا له في التجارة واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه
من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع ولو كان للصغير قريبان مستويان في القرب فان اختلفت
جهة قرابتهما لا يفرق ولا يباع واحد منهما دونهما وذلك مثل الاب والام او اخ لاب واخ لام
او ابوين بان ادعاه رجلان معا او عمه وخاله لان لكل واحد منهما شفقة ليست للآخر وله بكل واحد منهما
استيناس خلاف استيناسه بالآخر وان اتحدت جهة قرابتهما كالاخوين او الخالين او العمين لاب وام
او لاب او لام يكتفي باحدهما معه لان حق الصغير يرعى به فيبيعه او تركه مع الواحد منهما لانه يستأنس به
ويقوم بحوائجه وان كان احدهما اقرب من الآخر كما لو كان معه الام او الجدة عمة او خالة او احد الاخوة والاخوات
او كان معه اخت لاب وام واخت لاب او لام لا يعتد بالابعد لان شفقته مع شفقة الاقرب كالمعدوم
ويعتبر البيع في الكل لا لمعنى في غيره وهو ما فيه من الحاق الضرر بالصغير او الاضرار باهل الملك او بالوالدين اذا اليس
السعر عليهم ويجوز للمعنى ما بينا فلا يوجب الفساد وعن ابي يوسف انه يفسد البيع في قرابة الولاد ويجوز في
غيره وعنه انه يفسد في الجميع لما روينا انه عليه السلام رد البيع في الولاد وامر بالرد في غيره
وهو لا يكون الا في الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فيعقد والنهي لمعنى مجاور له
غير متصل به فلا يوجب الفساد كالبيع عند الاذان ولهذا ما استثناه غيره والمروي محمول على الاقالة او على
بيع الآخر ممن لا يمنعه احدهما **قال** رحمه الله بخلاف الكبيرين والزوجين حيث يجوز تفريقهما لان
النص ورد على خلاف القياس في القرابة المحرمة للنكاح اذا كان صغيرا فلا يلحق به غيره لان الكبيرين والزوجين
وان كانا صغيرين ليسا في معنى المنصوص عليه وذكر سلمة بن الاكوع انهم اصابوا من فزارة سبيا وفيهم امرأة
معها بنت لها فنفله ابو بكر ابنتها وكان عليهم اميرا فلما قدموا المدينة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة
هب لي المرأة فذكر انها اعجبته ولم يكشف لها ثوبا ثم قال هي لك يا رسول الله فبعث بها عليه السلام الى اهل
مكة وفي ايديهم اسارى من المسلمين ففداهم بتلك المرأة والحديث فيه طول رواه احمد ومسلم وفرق
رسول الله صلى الله عليه وسلم بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين ولو كان مع امرأة مسبية رضيع ادعت
انه ابنها لا يثبت نسبه منها لانها تحمل النسب على الغير ولا تفرق بينها وبينه لان قول الواحد مقبول في الديانات
لا سيما في موضع الاحتياط وقد وجد فيه امارة الصدق ولو باع الام على انه بالخيار ثم اشترى الولد
كره العقد لانهما اجتمعا في ملكه فيعتبر مفرقا بالعقد ولو كان في ملكه صبي واشترى امه بشرط الخيار له
ان يردها بالاتفاق واما عند ابي حنيفة فلانهما لم يجتمعا في ملكه فلم يكن مفرقا واما عندهما فلانه لو لم يكن له
الرد لتضرر به لان الفسخ حقه فلا يمنع منه والله اعلم ۝

باب الاقالة

قيل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب اي ازالة القول الاول وهو ما جرى بينهما من البيع كاشكى
اذا ازال الشكوى ولا يكاد يصح هذا لانهم قالوا قلته البيع بالكسر فدل على ان عينه يا ولو كان من القول لقيل
قلته بالضم وقد قالوا اقاله البيع فلا وهذا ادل من الاول وهي مشروعة مندوب اليها لقوله عليه السلام
من اقال نادما بيعته اقاله الله عثرته يوم القيامة **قال** رحمه الله هي فسخ في حق المتعاقدين بيع في
حق ثالث وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان لا يمكن جعله فسخا بان ولدت المبيعة بعد القبض او هلك
المبيع في غير المقايضة فيبطل الاقالة ويبقى البيع على حاله لتعذر الفسخ اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من
المبيع تمنع الفسخ لما ذكرنا في باب الرد بالعيب ولا يتصور الفسخ بعد هلاك المبيع على ما نبين فيبطل هذا اذا
تقايلا بعد القبض وان كانت قبل القبض فهي فسخ في حق الكل في غير العقار لتعذر جعلها بيعا وقال ابو يوسف
هي بيع الا ان لا يمكن جعلها بيعا بان كانت قبل القبض في المنقول او كانت بعد هلاك احد العوضين في المقايضة
فتجعل فسخا الا ان لا يمكن جعلها فسخا بان كانت قبل القبض في المنقول بالاكثر من الثمن الاول او باقل منه او بجنس
اخر او بعد هلاك السلعة في غير المقايضة فيبطل ويبقى البيع الاول على حاله لان بيع المنقول قبل القبض
لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سميا خلافه وقال محمد هي فسخ الا اذا تعذر فجعلها فسخا بان تقايلا
بالاكثر من الثمن الاول او بخلاف جنسه او ولدت المبيعة قبل القبض فيجعل بيعا جديدا الا ان لا يمكن جعله فسخا
ولا بيعا بان كانت قبل القبض بالاكثر من الثمن الاول او بجنس اخر فتبطل ويبقى البيع الاول على حاله لان الفسخ لا
يكون على خلاف الثمن الاول والبيع لا يجوز قبل القبض وبالاقل من الثمن يكون فسخا عنده بالثمن الاول لانه
سكوت عن بعض الثمن وهو لو سكت عن الكل كان فسخا فكذا اذا سكت عن البعض لهما ان اللفظ موضوع للفسخ
والرفع يقال اللهم اقلني عثراتي فيعمل بمقتضاه واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ولهذا صار بيعا في حق
ثالث لعدم ولايتهما عليه ولابي يوسف انها تمليك من الجانبين بعوض مالي بالتراضي وهو البيع والعبرة للمعاني
دون الالفاظ المجردة كالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة ولهذا تبطل بهلاك المبيع وترد
بالعيب ويتجدد بها حق الشفعة للشفيع وهذه احكام البيع الا اذا تعذر فيجعل فسخا لانها موضوعة له او محتملة
ولابي حنيفة رحمه الله انها تنبئ عن الفسخ والرفع والاصل في الكلام ان يحمل على حقيقته ولا يحتمل ابتداء العقد
اصلا ليحمل عليه عند التعذر ولهذا لو اراد به ابتداء العقد لا يصح ولو كان محتملا له لصح وانما لا يصح لانه
ضده واللفظ لا يحتمل ضده فصار باطلا وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم
البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة فجعل عليه في حق غيرهما لعدم ولايتهما عليه **قال** وتصح بمثل الثمن
الاول وشرط الاكثر او الاقل بلا تعيب وجنس اخر لغو ولزمه الثمن الاول وهذا عند ابي حنيفة لانه لما كانت
الاقالة عنده فسخا والفسخ رد على عين ما ورد عليه العقد كان اشتراط خلاف الثمن الاول باطلا وشرط الاقل لعدم جواز
الاقل بعدم التعيب عند المشتري واما اذا تعيب عنده فيجوز بالاقل فيجعل الحط بازاء ما فات بالعيب ولهذا اشترط
ان يكون النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب ولا يجوز ان ينقص اكثر منه ولا يجوز الا بلفظ الاقالة بلفظين يعبر
باحدهما عن الماضي وبالاخر عن المستقبل كالنكاح وعند محمد رحمه الله يشترط ان يعبر بهما عن الماضي ولو كانت
الاقالة بلفظ المفاسخة او الرد او المتاركة لا يكون بيعا ثم فائدة كون الاقالة فسخا في حق المتعاقدين تظهر
في خمس مسائل **احدها** انه يجب على البائع رد الثمن الاول وما سميا خلافه يكون باطلا **والثانية** ان الاقالة لا
تبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعا في حقهما لفسدت **والثالثة** اذا تقايلا ولم يرد البائع المبيع حتى باعه
منه ثانيا جاز ولو كانت بيعا لفسد لكونه باعه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لم يجز لانه بيع جديد في
حق غيرهما **والرابعة** اذا وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت بيعا لا تنفسخ

لان البيع ينفسخ بهلاك المبيع للبائع قبل القبض والخامسة لو كان المبيع مكيلا او موزونا وقد باعه منه
بالكيل او الوزن ثم تقايلا واسترد المبيع من غير ان يعيد الكيل والوزن جاز قبضه وفي البيع الجديد لا يجوز
حتى يعيدهما فظهر فائدته في خمس مسائل احداها لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا يقضى
له بالشفعة لكونه بيعا جديدا في حقه كانه اشتراه منه والثانية اذا باع المشتري المبيع من اخر ثم تقايلا ثم
اطلع على عيب كان عند البائع فاراد ان يرده على البائع ليس له ذلك لانه بيع في حقه فكانه اشتراه من المشتري
والثالثة اذا اشترى شيئا فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من اخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه
منه قبل نقد ثمنه باقل من الثمن الاول جاز وكان في حق البائع كالمملوك بشراء جديد من المشتري الثاني والرابعة
اذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع في هبته لان الموهوب له في حق
الواهب بمنزلة المشتري من المشتري منه والخامسة اذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعد ما
حال عليه الحول فوجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت في يده فانه لا يسقط عنه الزكاة
لانه بيع جديد في حق الثالث وهو الفقير لان الرد بالعيب بغير قضاء اقالة وقوله بيع في حق ثالث يجري
على اطلاقه وقوله فسخ في حق المتعاقدين غير مجرى على اطلاقه لانه انما يكون فسخا فيما هو من موجبات
العقد واما يجب بشرط زائد فالاقالة فيه تعتبر بيعا جديدا في حق المتعاقدين ايضا كما اذا اشترى بالدين
المؤجل عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا لا يعود الدين حالا كانه باعه منه وكما اذا تقايلا ثم ادعى رجل ان المبيع
ملكه وشهد المشتري بذلك لم تقبل شهادته لانه هو الذي باعه ثم شهد انه لغيره ولو كانت فسخا
لقبلت الا ترى ان المشتري لو رد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع رجل وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته
لانه بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقيا من جهة المشتري لكونه فسخا من كل وجه وكذا لو باع عبدا
بطعام بغير عينه وقبض ثم تقايلا لا يتعين الطعام المقبوض للرد كانه باعه من البائع بطعام غير معين
وكذا لو قبض اردى من الثمن الاول واجود منه يجب رد مثل المشروط في البيع الاول كانه باعه من البائع
بمثل الثمن الاول وقال الفقيه ابو جعفر يجب عليه رد مثل المقبوض لانه لو وجب عليه مثل المشروط للزمه
زيادة ضرر بسبب تبرعه ولو كان الفسخ بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء يجب رد المقبوض اجماعا
لانه فسخ من كل وجه بخلاف الاقالة والرد بعيب بغير قضاء قال وهلاك المبيع يمنع اي يمنع صحة
الاقالة لان شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد والعقد يقوم به وهو محله فلا يبقى بعد
هلاكه بخلاف هلاك الثمن حيث لا يمنع من صحتها لان الثمن ليس بمحل للعقد فلا يشترط قيامه وهذا لانه
يثبت له حكم الوجود في الذمة بالعقد فكان حكما للعقد وحكم الشيء يعقبه فلا يكون محلا له لان المحل شرط
والشرط يسبق فكان بينهما تناف ولهذا يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا بهلاك الثمن قال وهلاك
بعضه بقدره اي هلاك بعض المبيع يمنع صحة الاقالة بقدره لان الجزء معتبر بالكل فيبطل بقدره ولو
تقايضا عبدا بجارية فهلك احدهما صحت الاقالة في الباقي منهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما
بخلاف ما لو هلكا جميعا حيث لا يجوز لعدم محله بخلاف ما لو هلك البدلان في الصرف حيث يجوز
الاقالة بعد هلاكهما لان المعقود عليه في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة صاحبه وذلك لا
يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة ولهذا لو كانا افترقا ثم تقايلا لا يلزمهما

رد المقبوض بعينه بل لهما ان يردا مثل المقبوض من جنسه فعلم بذلك انه لا تعلق له بالمقبوض الا ترى
انهما لو تقايلا بالاقالة فهلك البدلان لا تبطل الاقالة ولهذا لو تقايلا بعد هلاكهما جاز بخلاف بيع المقايضة
لان الاقالة تتعلق باعيانهما لانه بيع فتبطل بهلاكهما قبل القبض كالبيع لتعين البدلين فيهما والله اعلم

باب التولية

وهي ان يجعل غيره واليا فان المشتري يجعل المشتري منه
واليا فيما اشتراه ثم انواع المبايعات بحسب الثمن الذي يقابل بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة
وهي التي لا يلتفت فيها الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وهي البيع بانقص من الثمن
الاول قال رحمه الله هي اي التولية بيع بثمن سابق والمرابحة به وبزيادة وهذا احسن من
قول بعضهم بما نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح او من غير زيادة ربح لانه لا يشترط
فيه ان ينقل ما ملكه بالعقد حتى لو صاغ المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده جاز له ان
يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن وان لم يكن فيه نقل ملكه بالعقد والعقدان جائزان شرعا لاجتماع
شرائط البيع وللتعامل الناس بهما الى يومنا هذا ولان من لا يهتدي الى التجارة يحتاج ان يعتمد على
فعل الذكي المهتدي فيها ويطيب نفسه بالزيادة على ما اشتراه ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز
عن الخيانة وشبهتها وقد مست الحاجة الى هذا النوع من المبايعات فوجب القول بجوازهما ولما اراد
عليه السلام الهجرة ابتاع ابو بكر بعيرين فقال له عليه السلام ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء
فقال اما بغير ثمن فلا قال وشرطهما كون الثمن الاول مثليا لانه اذا لم يكن مثليا لم يعرف مقداره فلا
يتحقق التولية ولا المرابحة فلا يجوز الا اذا باعه بذلك البدل ممن يملكه او به وبزيادة ربح معلوم فحينئذ يجوز
لانتفاء الجهالة ولو باعه به وبعشر قيمته او بعشره لا يجوز لانه باعه بذلك وبعض قيمة ذلك البدل وهو مجهول
فلا يجوز ولو كان البدل مثليا فباعه به وبعشره ان كان المشتري يعلم جملة الثمن صح وان لم يكن عالما به فان علم
في المجلس جاز وله الخيار والا فسد كما لو باع الثوب برقمه ومن شرطهما ان لا يكون صرفا حتى لو باع دينارا بعشرة
دراهم لا يجوز فيه المرابحة ولا التولية لانهما في الذمة فلا يتصور فيه المرابحة والتولية والمقبوض غير
ما وجب بالعقد قال وله ان يضم الى راس المال اجر القصار والصبغ والطراز والفتل وحمل الطعام وسوق
الغنم لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء براس المال وهو المعتبر ولهذا لا يعد ذلك خيانة اذا بين له والاصل
فيه ان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما ذكرنا يلحق بهذا الاصل لان الصبغ والفتل والقصارة
والطراز يزيد في العين والحمل والسوق يزيدان في القيمة لانها تختلف باختلاف الاماكن وعلى هذا له ان يضيف
اليه اجرة الغسل والخياطة ونفقة تجصيص الدار وطي البير وكري الانهار والقناة والمسناة والاراب
وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار فان فعل شيئا من ذلك بيده لا يضمه وذكر في المحيط انه يضم
طعام المبيع وكسوته وكراه واجرة السمسار ان كانت مشروطة في العقد والا فاكثرهم على انها لا تضم ولا
تضم اجرة الدلال بالاجماع وكذا ما هو سبب لبقائه الى وقت كالطعام وفي المخزن يضم لانه يزداد
قيمته من حيث انه يدفع عنه ضرر الحر والبرد قال ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا
عن الكذب قال ولا يضم اجرة الراعي والمعلم وكذا بيت الحفظ لعدم العرف بالحاقه براس المال
ولان الراعي حفظ وهو لا يزيد في العين ولا في القيمة شيئا وثبوت الزيادة في المعلم لمعنى في نفسه وهو ذكاؤه

وذهبه ولا يضم حفر البئر ويضم اجرة من يذبح الحيوان ويسلخها واتخاذ الخشب ابوابا ونصبا للوالوة ولو زوج العبد لا يضم المهر الى راس المال ولا يحط مهر الامة لو زوجها ولا يضم اجرة الطبيب والرابض والبيطار والحجامة وجعل الابق ونفقة نفسه وكراه واجرة الختان والفداء في الجناية لان التجار لا يضمون هذه الاشياء الى راس المال ولانها لا تزيد شيئا في العين ولا في القيمة فلا يجوز الحاقها براس المال والذي يوخذ في الطريق من الظلم لا يضم الا في موضع جرت العادة فيه بينهم بالضم **قال** فان خان في مرابحة اخذ بكل ثمنه او رده وحط في التولية وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما لانهما باشر عقدا باختيارهما بثمن معلوم فينعقد بالمسمى فيهما لو باعه مساومة وذكر المرابحة والتولية للترويج والترغيب فيجري مجرى الوصف فاذا فات الوصف المرغوب فيه يتخير كما في سائر الاوصاف وكما اذا وجده معيبا ولابي يوسف ان الاصل فيه هو المرابحة والتولية ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان الثمن والربح معلومين وذكر الثمن جار مجرى التفسير فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول في حق الثمن وقدر الخيانة لم يكن ثابتا في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني فيحط ضرورة غير انه في التولية يحط قدر الخيانة من الثمن لا غير وفي المرابحة يحط ذلك القدر من راس المال ويحط من الربح ايضا بحسابه لان الربح ينقسم عليهما فما اصاب الخيانة يسقط معه وما اصاب غيره يثبت معه ولابي حنيفة في الفرق بينهما ان التولية بناء على العقد الاول من كل وجه فلا بد من تقديره بالثمن الاول ولا يثبت فيه ما لم يكن ثابتا في العقد الاول والمرابحة عقد جديد باشراه باختيارهما وليس بمبني على الثمن الاول فينعقد بالثمن المسمى فيه ولهذا لا يحتاج في التولية الى ذكر الثمن وفي المرابحة لا بد من ذكر الثمن ليتبين قدر الربح فينعقد عاميا ولانه لو لم يحط في التولية لم يبق تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيصير مرابحة فيتغير به التصرف ولو لم يحط في المرابحة يبقى مرابحة على حاله الا ان الربح اكثر مما ظنه المشتري فلم يتغير فيه التصرف فامكن اعتبار التسمية فيه ويثبت له الخيار لفوات الرضا ولو هلك المبيع قبل ان يرده او حدث به ما يمنع الرد لزمه جميع الثمن المسمى ويسقط خياره عند ابي حنيفة وهو المشهور من قول محمد لانه مجرد خيار فلا يقابله شيء من الثمن كخيار الروية والشرط بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه للمشتري الجزء الفائت وعند العجز عن تسليمه يسقط ما يقابله من الثمن وعن محمد ان المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بما دفعه اليه من الثمن بناء على اصله في اقامة القيمة مقام المبيع في التحالف وعلى قول ابي يوسف يحط كيف ما كان وكذا عند ابي حنيفة في التولية لانه لم يكن له خيار الرد والاخذ به وانما لزمه الاخذ بالثمن الاول ولو وجد المولى بالمبيع عيبا ثم حدث به عيب عنده لا يرجع بنقصان العيب لانه لو رجع يصير الثمن الثاني انقص من الاول وقضية التولية ان يكون مثل الاول **قال** ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله وان احاط بثمنه لم يرابح يعني اذا باعه بربح ثانيا بعد ما اشتراه ثانيا طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك اذا باعه مرابحة وان استغرق الربح الثمن لا يبيعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الاخر مثاله اذا اشترى ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة بثلثين ثم اشتراه بعشرين فانه يبيعه مرابحة على عشرة ويقول قام على بعشرة ولو اشتراه بعشرين وباعه باربعين ثم اشتراه بعشرين لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرين في الفصلين لان الاخر عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان باعه المشتري

من اجنبي ثم باعه الاجنبي من البائع ثم اشتراه الاول منه فانه يبيعه مرابحة على الثمن الاخر وله ان شبهة حصول الربح الاول بالعقد الثاني ثابتة لانه يتاكد به بعد ما كان على شرف الزوال بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لا يجوز المرابحة فيما اخذه بالصلح لشبهة الحطيطة فيه وكذا فيما اشتراه من اصوله او فروعه لما له من التوسع في مالهم الحق بملكه فيصير كانه اشترى عشرة وثوبا بعشرين في الفصل الاول فيطرح عشرة لانه بالعقد الثاني تاكد وامن بطلانه ولهذا كان حكم الشهود الا ترى ان شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتاكيدهم ما كان على شرف السقوط بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكد حاصل بغيره ويصير في الفصل الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرين بعشرين درهما فصار العشرون بالعشرين ولم يبق في مقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مرابحة ولا يقال على هذا وجب ان يفسد البيع لعدم ما يقابل الثوب من الثمن لانا نقول الربح الاول لم يصر مقابلا بالثوب في العقد الثاني حقيقة وانما اعطي له حكم المقابلة احترازا عن الخيانة فيما بني على الامانة وهو حق العبد ولا ينهض ذلك لافساد العقد لان المنع في باب المرابحة لحق العبد لا لحق الشرع ولا يلزم ما اذا باع مساومة والمسألة بحالها حيث يجوز بالاجماع لانها ليست بمبنية على الامانة **قال** ولو اشترى ماذون مديون ثوبا بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس اي وكذا لو اشترى المولى ثوبا بعشرة ثم باعه من عبده الماذون له في التجارة المستغرق بالدين بخمسة عشر يبيعه العبد مرابحة على عشرة لان العقد الذي جرى بينهما وان كان صحيحا لافادته ملك العين او التصرف له شبهة العدم لان العبد ملكه وما في يده لا يخلو عن حقه فاعتبر عدما في حق المرابحة لابتنائها على الامانة فبقي الاعتبار للشراء الاول فصار كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول لا غير لان الزائد عليه دائر بين المولى والعبد فلم يتم خروجه من ملك من كان له وهذا لان المرابحة بيع امانة لقبول قوله من غير بينة ولا يمين فينفى عنها كل تهمة وشبهة خيانة والمسامحة بينهما ظاهرة لكل احد فيكون ما زاد على الثمن الاول باقيا على ملكه فلا يعتبر خارجا هذا اذا لم يبين وان بين انه اشتراه من عبده او من سيده جاز لزوال التهمة واشتراط الدين على العبد كانه وقع اتفاقا لانه اذا كان لا يجوز مع الدين ان يبيعه مرابحة فمع عدم الدين اولى لوجود ملك المولى فيه بالاجماع وذكر في المبسوط هذه المسألة ولم يقيده بدين العبد والمكاتب في هذا كالعبد الماذون له لوجود التهمة بينهما **قال** ولو كان مضارب بالنصف باع مرابحة رب المال باثني عشر ونصف اي لو كان من عمل هذا العمل مضاربا بان كان معه عشرة دراهم مضاربة بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان نصف الربح وهو درهمان ونصف سلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحط عن الثمن فبقي اثنا عشر ونصف خارجة عن ملكه عشرة منها دفعها المضارب الى بائعه ودرهمان ونصف نصيب المضارب من الذي دفع اليه رب المال بحكم انه الثمن فتم ما خرج منه في تحصيل هذا الثوب اثنا عشر درهما ونصف فيبيعه مرابحة عليها وقال زفر لا يجوز هذا البيع من رب المال لانه بيع ماله بماله قلنا يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف وان كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان صحيحا لافادته ولا يلزم من جواز البيع افادة ملك الرقبة الا ترى ان المكاتب يجوز تصرفاته ولا يفيد ملك

الرقبة وانما يعد ملك اليد فعلم بذلك ان البيع غير الفاسد لا الملك عينا وقد وجدت الفائدة هنا
اما في حق المضارب فظاهر واما في حق رب المال فانه يملك التصرف فيما اشتراه منه بالشرا ولا يملكه
قبله وان كان ملكه لان المضارب تعلق له به حق ولهذا لا يملك رب المال وطي الجارية التي اشتراها المضا
وان لم يكن فيها ربح ولهذا لا يملك نهيه عن بيع العروض والكلام فيه لانه مع هذا فيه شبهة العدم لان
المضارب وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح **قال** ويرابح
بلا بيان بالتعيب ووطي الثيب اي اذا تعيب المبيع من غير صنعه او وطي الثيب يبيعه مرابحة من غير ان يبين
لانه لم يحتبس عنده شي يقابله الثمن لان الفائت وصف وهو لا يقابله شي من الثمن بمجرد العقد لكونه
تبعا ولهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شي من الثمن غير ان المشتري يخير بين اخذه بجميع الثمن
او تركه وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن اذا لم يستقصها الوطي ومعنى اداء الامانة بالصدق وهو صادق
اذا بقي جميع ما يقابله الثمن وعن ابي يوسف في التعيب انه لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول
الشافعي وزفر على اختلاف تخريجهما فان زفر يوجب البيان باعتبار ان المشتري لو علم انه اشتراه غير معيب
لم يرض به بذلك الثمن بعد ما دخله العيب والشافعي يوجب البيان باعتبار ان الاوصاف لها حصة من
الثمن عنده ولا فرق فيها بين ان يحصل بفعله او بآفة سماوية ونحن نقول ما يقابله الثمن كله قائم فلا يبالي
بذهاب ما لا يقابله الثمن الا ترى انه لو توسخ الثوب المشتري لا يجب عليه البيان فصار نظير ما اذا انتقص
سعر السعر وفي نوادر ابن هشام ذكر محمد فقال هذا اذا نقصه العيب شيا يسيرا وان نقصه قدر ما يتغابن الناس
فيه لا يجوز بيعه مرابحة **قال** ويبيع بالتعيب ووطي البكر اي يبيعه مرابحة بشرط ان يبين العيب
اذا كان حادثا بالتعيب منه سواء كان ذلك بفعله او بفعل غيره واخذ ارشه لانه صار مقصودا بالاتلاف
فيقابله شي من الثمن ووطي البكر تعيب لان العذرة جزء من العين فاذا اتلفها تعيب لها فيقابله الثمن
وان تعيب بفعل المبيع في نفسه كما اذا فقأ عين نفسه فهو بمنزلة ما لو تعيب بآفة سماوية فجاز ان يبيعه
مرابحة من غير بيان لان فعله في نفسه هدر فلا يعتبر ثم اعلم ان المراد بقولهم يبيعه مرابحة من غير بيان
اي من غير بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم اصابه العيب عنده بعد ذلك واما بيان نفس العيب فلا بد
منه بان يبين العيب والثمن من غير ان يبين انه اشتراه سليما ثم حدث به العيب عنده لان بيان ما فيه من
العيب واجب شرعا لقوله عليه السلام من غشنا فليس منا فلا يجوز اخفاؤه ثم في كل موضع ليس له ان يبيعه
مرابحة الا بالبيان لم يبين فللمشتري ان يرده عليه اذا علم خيانته وعلى هذا لو اشترى ثوبا فاصابه قرض
فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين لما بينا من المعنى
قال ولو اشترى بالف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين خيره المشتري لانه يزاد على الثمن لاجل الاجل
فكان له شبها بالمبيع والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما
مرابحة على ثمنهما فثبت له الخيار عند علمه بهذه الخيانة او نقول ان الثمن المؤجل انقص في المالية من
الحال ولهذا حرم الشرع النسا في الاموال الربوية فيكون ما اخذ من المشتري ازيد في الحكم فيثبت له
الخيار عند علمه بذلك وكذا في التولية اذا علم ان الثمن كان مؤجلا يثبت له الخيار لان الخيانة في
التولية مثلها في المرابحة لانهما مبنيان على الثمن الاول **قال** فان اتلف فعلم لزمه بالف ومائة

اي ان اتلف المشتري المبيع في هذه الصورة ثم علم ان الثمن كان مؤجلا لزمه بالف ومائة لان الاجل ليس بمال متقوم
فلا يقابله شي من الثمن وانما فيه شبهة فيزاد الثمن لاجله فيثبت له الخيار فيما اذا كان المبيع قائما نظرا لهذا
الجانب لان اقدامه على المرابحة يقتضي السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا هلك او استهلكه المشتري لم يثبت
له الخيار نظرا للجانب بعدم المالية في الاجل حقيقة او نقول تعذر الرد بالهلاك فيبطل خياره كسائر الخيارات
من خيار الشرط والرؤية **قال** رحمه الله وكذا التولية اي التولية مثل المرابحة فيما ذكرنا من الخيار ما
دام المبيع قائما وبعد الهلاك او الاستهلاك لا خيار له بل لزمه جميع الثمن لما ذكرنا وعن ابي يوسف انه يرد
قيمة الهالك ويسترد كل الثمن كما قال فيما اذا استوفى عشرة زيوفا مكان عشرة جياد وعلم بعد الانفاق يرد
مثل الزيوف ويرجع بالجياد وقال الفقيه ابو جعفر الهندواني الفتوى ان يقوم المبيع بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع
عليه بفضل ما بينهما للتعارف وهذا اذا كان الاجل مشروطا فيه ولانه معتاد متعارف بينهم انه يؤخذ منه
في كل جمعة قدر معلوم قيل لا بد من بيانه لان المعتاد كالمشروط والجمهور على انه يبيعه مرابحة بلا بيان لان الثمن
حال وان ساهمه البائع واستوفى منه منجما وقد قالوا في المغبون غبنا فاحشا له ان يرده على بائعه بحكم الغبن
وقال ابو علي النسفي فيه روايتان عن اصحابنا ويفتى بالرد رفقا بالناس وكان صدر الاسلام ابو اليسر
يفتي بان البائع ان قال للمشتري قيمة متاعي كذا او قال متاعي يساوي كذا فاشترى بناء على ذلك فظهر بخلافه
له الرد بحكم انه غره وان لم يقل ذلك فليس له الرد وقال بعضهم لا يرد به كيفما كان والصحيح ان يفتى
بالرد ان غره والا فلا **قال** ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد
لجهالة الثمن جهالة تفضي الى المنازعة **قال** ولو علم في المجلس خير لان جهالة الثمن فساد في صلب
العقد الا انه في مجلس العقد غير متقرر لان ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر
فصار التاخير الى اخر المجلس عفوا كتاخير القبول الى اخر المجلس يرتبط بالايجاب وان تخللت بينهما ساعات
فكذا العلم الحاصل في اخر المجلس كالعلم الحاصل في اوله فيصح على تقدير الابتداء واما بعد الافتراق فاصلاح
لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الاصلاح ونظيره بيع الشي برقمه فان البيع فيه
فاسد فان علمه البائع في المجلس صح والا فلا وانما يخير لخلل في رضاه لان الرضا بالشي لا يتم قبل العلم به

فصل

قال صح بيع العقار قبل قبضه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز
لقوله عليه السلام اذا اشتريت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه رواه احمد ولانه لا يقدر على تسليمه قبل قبضه
فلا يجوز بيعه كالمنقول ولهذا لا يجوز اجارته قبل القبض ولهما انه لا يتوهم انفساخ العقد فيه
بالهلاك وهو معدوم التسليم فصار كالمهر وبدل الخلع والعتق وبدل الصلح عن دم العمد وهذا
لان هلاك العقار نادر ولا يمكن تغييبه لتصرفها الا حكما حتى لو تصور هلاكه قبل القبض قالوا لا يجوز
بيعه وذلك بان كان على شط النهر ونحوه وما رواه معلول بغرر انفساخ العقد بالهلاك قبل القبض وذلك
لا يتصور فيه الا نادرا والنادر لا حكم له فصار كاحتمال غيره الانفساخ بالاستحقاق بعد القبض فيه
وهو المنقول والدليل على انه معلول به ان التصرف في الثمن قبل القبض جائز لانه لا غرر فيه وكذلك
التصرف في المهر ونحوه جائز قبل القبض لما ذكرنا والفقه فيه ان المطلق للتصرف وهو الملك قد وجد
لكن الاحتراز عن الغرر واجب ما امكن وذلك فيما يتصور فيه الغرور والاجارة قبل القبض قيل على

هذا الخلاف قلنا ان يمنع وقيل انه لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح والفرق بينهما ان المعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر لانها بمنزلة المنقول **قال** رحمه الله لا بيع المنقول اي لا يجوز بيع المنقول قبل القبض لما روينا ولقوله عليه السلام اذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه رواه مسلم واحمد ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك قبل القبض لانه اذا هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد فيتبين انه باع ما لا يملك والغرر حرام لما روينا وفي المحيط لو باع غير المنقول قبل القبض ان كان المشتري الاول نقد الثمن فالبيع الثاني نافذ لانه قادر على التسليم اذ ليس للبائع منع المبيع عنه وان لم ينقد الثمن فالبيع الثاني موقوف وهو الصحيح كبيع المرهون ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض يوقف كتابته وكان للبائع حبسه بالثمن لان الكتابة محتملة للفسخ فلم ينفذ في حق البائع نظرا له وان نقد الثمن نفذت الكتابة لزوال المانع ولو وهب المبيع قبل القبض او تصدق به او اقرضه او رهنه من غير البائع لم يجز عند ابي يوسف لانه عقد تمليك بمنزلة البيع والاجارة ويجوز عند محمد وهو الاصح لان هذه التصرفات لا تجوز الا بعد القبض وغير البائع يصلح نائبا عن المشتري في القبض فيصير قبض المامور قبضا له اولا بحكم النيابة ثم يصير قابضا لنفسه بالتمليك بخلاف البيع لانه يفيد الملك قبل القبض ويملك المبيع قبل قبضه فاسد وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته لانها بيع المنفعة فلا يجوز بيع العين لمكان غرر الانفساخ فيهما بهلاك العين المستاجرة ولا يجوز بيع الاجرة العين قبل القبض لانه بمنزلة المبيع الا ترى ان العين لو هلكت انتقضت الاجارة ويجوز تزويج الامة المبيعة قبل القبض لان مكان الغرر فيه لا يمنع جوازه الا ترى انه لو زوج امته الآبقة جاز وان علل الغرر فيه فانها لا تدرك ايجة بام بيته ولو وهب المبيع من البائع قبل قبضه فقبله البائع انتقض البيع ولو باعه منه لم يصح هذا البيع ولم ينتقض البيع الاول والفرق ان الهبة مجاز عن الاقالة يقال هب لي ذنبي واقلني عثرتي بخلاف البيع

قال ولو اشترى مكيلا كيلا حرم بيعه واكله حتى يكيله ومثله الموزون والمعدود اي لو اشترى المكيل بشرط الكيل او الموزون بشرط الوزن او المعدود بشرط العد لم يجز له ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن والعد وان كان بعد القبض لقوله عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري رواه ابن ماجة والدارقطني وعن عثمان انه قال كنت ابتاع التمر من بطن من اليهود يقال لهم بني قينقاع وابيعه بربح فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا عثمان اذا ابتعت فاكتل واذا بعت فكل رواه احمد ولان الكيل والوزن والعد من تمام القبض فاصل القبض شرط لجواز التصرف فيه على ما بينا فكذا تمامه ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع في المقدرات والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له اذا وجد اكثر من قدر البائع بان كان له قبل البيع وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة ولم يسم لكل ذراع ثمنا لان الزيادة له اذ الذرع وصف فيه بخلاف ما اذا سمى لكل ذراع ثمنا لانه بذلك التحق بالقدر في حق زيادة الثمن على ما بينا فصار المبيع في هذه الحالة هو الثوب المقدر وذلك يظهر بالذرع وهذا لان القدر معقود عليه في المقدرات حتى يجب عليه رد الزيادة فيما لا يضره التبعيض ويلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره وينقص من ثمنه عند انتقاصه هذا اذا كان الموزون غير الدراهم والدنانير واما الدراهم والدنانير فيجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن لان الوزن فيهما احد معنى تعيين المستحق بالعقد وفي غيرهما لم يأخذ هذا في الايضاح وفي المحيط لو كان المكيل والموزون

ثمنا يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لان الكيل والوزن من تمام القبض ويجوز التصرف في الثمن قبل القبض فلان يجوز قبل تمامه اولى فصار كالمبيع المجازف واذا كان الكيل المبيع شرطا لجواز التصرف لا يعتبر كيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس بكيل البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع مع غيبة المشتري لان الكيل من تمام التسليم لان المبيع به يصير معلوما ولا تسليم الا بحضرته وكذا لو كاله البائع بحضرة المشتري بعد البيع قيل لا يجوز به لظاهر الحديث فانه اشترط فيه صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم والحديث محمول على ما اذا اجتمعت الصفقتان على ما نبينه في باب السلم ان شاء الله تعالى وجعل في المختصر المعدود كالمكيل والموزون وهو مروي عن ابي حنيفة واختاره الكرخي وعنه انه كالمذروع وهو قول ابي يوسف ومحمد لانه ليس بمقدر الا ترى ان المعدود انه يجوز بيعه بجنسه متفاضلا كالمذروع ووجه الاول ان المعدود المتقارب يساوي المكيل والموزون فيما يتعلق به الفساد وهو جهالة المبيع لاحتمال الزيادة فان من اشترى جوزا على انه الف فوجده اكثر يرد الزائد وان وجده انقص سقط عنه الثمن بحصته بخلاف الربا لانه مبني على المماثلة بالكيل او بالوزن وهذا اظهر ولو اشترى المكيل او الموزون شراء فاسدا وقبضه ثم باعه بغير كيل او وزن فالبيع الثاني جائز لان الملك في البيع الفاسد يثبت بالقبض فصار المملوك قدر المقبوض لا قدر المذكور فيه فصار نظير من استقرض طعاما بكيل ثم باعه مكايلة لا يحتاج الى اعادة الكيل كذا في الايضاح وهذا الاستشهاد يستقيم على قول من يشترط الكيل من بيع المبيع

قال لا المذروع اي لا يحرم التصرف في المبيع المذروع بعد القبض قبل الذرع وان اشتراه بشرط الذرع لان الذرع وصف له وليس بقدر فيكون كله للمشتري بلا زيادة ثمن ولا نقصان ان وجده زائدا او ناقصا هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع وقد بيناه من قبل

قال وصح التصرف في الثمن قبل قبضه لان المطلق للتصرف الملك وقد ثبت له فيه الملك والنهي ورد في المبيع لاحتمال غرر الانفساخ ولا يتصور ذلك في الثمن لانه في الذمة ولا يتعين بالتعيين ولان الثمن ما وجب في الذمة والقبض لا يرد عليه حقيقة وانما يقبض غيره مثله عينا فيكون مضمونا عليه فيلتقيان قصاصا وهذا تصرف فيه ولا يتصور خلاف ذلك ولا فرق في ذلك بين ان يكون المقبوض من جنسه او من خلاف جنسه اذ الكل معاوضة وقد روي عن ابن عمر انه قال كنا نبيع الابل بالبقيع فناخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فكان يجوزه رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف السلم حيث لا يجوز ان ياخذ خلاف جنسه لانه وان كان دينا جعله الشرع كالمبيع العين في حق التصرف وكذا بدل الصرف لما عرف في موضعه والمراد بالتصرف في الثمن تمليكه ممن عليه الدين بعوض وبغير عوض حتى لا يجوز ان يملكه من غير من عليه الدين

قال والزيادة فيه والحط منه والزيادة في المبيع ويتعلق الاستحقاق بكله اي يجوز للمشتري ان يزيد في الثمن ويجوز للبائع ان يحط من الثمن وان يزيد في المبيع ويلتحق باصل العقد ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك حتى لا يكون للمشتري ان يطالب بالمبيع حتى يدفع الزيادة وللبائع ان يحبسه حتى يستوفي الزيادة ويملك المشتري المطالبة بتسليم المبيع كله بتسليم ما بقي من الحط وقال زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لانه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا اذ يصير ملكه عوض ملكه لانه ملك المبيع وكذا الحط لان جميع الثمن صار مقابلا بجميع المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدا الا ترى ان الزيادة في المهر لا تلتحق

باصل العقد بل هو من مبدا فكذا البعض اعتبارًا للجزء بالكل **ولنا** انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرًا او رابحًا او عدلًا ولهما ولاية ذلك الا ترى ان لهما ان يحلاه لازمًا باسقاط الخيار او غير لازم باشتراطه بعد العقد بعد ان وقع العقد على خلافه وهذا لان لهما ولاية الرفع بالكلية بالتقايل فاقل ان يكون لهما ولاية التغيير لانه دونه للونه وصفًا له فاذا صح يلتحق باصل العقد ولزم كل واحد منهما لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه ودل عليه قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة اي في فريضة بعد الفريضة وهذا نص على ان حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم المفروض في العقد الا ما قام الدليل عليه وقد قام الدليل على انه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول الا ما كان مسمى عند العقد ولهذا لو لم يسم في العقد شيئًا ثم اتفقا على تسمية لا يتنصف به وان كان واجبًا وعلى اعتبار الالحاق لا تكون الزيادة عوضًا عن ملكه ولا المحطوط ثمنًا غير خارج عن العقد بخلاف حط الكل لانه تبديل لا اصلاح لانه ينقلب هبة او بيعًا بلا ثمن فيفسد وقد كان من قصدهما التجارة بعقد مشروع من كل وجه فلا التحاق فيه يؤدي الى تبديله فلا يصح به ثم فائدة الالتحاق تظهر في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وتظهر في الشفعة ايضًا حتى ياخذ بما بقي بعد الحط وانما لا يلزمه الزيادة لان في ابطال حقه الثابت بالبيع الاول وهما لا يملكانه الا ترى انه ينقض جميع تصرفات المشتري حتى الفسخ وتظهر ايضًا فيما اذا استحق المبيع حتى يرجع المشتري على البائع بالزيادة ولو اجاز المستحق البيع كان له ان يطالب بالزيادة وتظهر ايضًا في حق الفساد في الصرف حتى لو باع الدراهم بالدراهم متساويًا ثم زاد احدهما او حط او رد المحطوط وقبل الاخر وقبض المزيد في الزيادة او المردود في الحط فسد العقد كانما عقداه كذلك من الابتداء وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا تجوز الزيادة ولا تصير هبة مبتداة وكذلك الحط لا يصح ولا يكون هبة مبتداة حتى يجب عليه ان يرد المحطوط وقال محمد في الزيادة مثل قول ابي يوسف في الحط تكون هبة مبتداة وتظهر ايضًا فيما اذا زاد على المبيع حتى يصير له حصة من الثمن للحال حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض يسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء من الثمن بهلاكها قبل القبض والفرق ان الزيادة المشروطة صارت تبعًا للاصل في حق الثبوت ضرورة الصحة فاذا صحت زالت الضرورة فزالت التبعية وبقيت الاصالة في حق الالتحاق باصل العقد لانها كانت موجودة وقت العقد فامكن تقدير ورودها على العقد عليها فصار كان العقد ورد على الاصل وعلى الزيادة جميعًا واما الزيادة المتولدة فمعدومة وقت العقد فلا يمكن تقدير ورود العقد عليها فلا يمكن الحاقها باصل العقد فصارت مملوكة تبعًا للاصل لا بالعقد فاذا قبضها صارت اصلًا بالقبض لان للقبض شبهًا بالعقد فيصير لها حصة من الثمن حتى لو وجد باحدهما عيبًا رده بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الاصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض وتظهر ايضًا فيما اذا زوج امته ثم اعتقها ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه اسقاط محض فلا يشترط لصحته قيام العقد وقال في المحيط في رواية النوادر تجوز الزيادة بعد الهلاك بمنزلة الحط لان الزيادة حالة ثبوتها لم يقابلها عوض وانما يقابلها بعد التحاقها باصل العقد فيعتبر قيام المبيع حالة الالتحاق لا حالة الثبوت

وذكر محمد في المنتقى لو اشترى جارية وقبضها فماتت فزاده البائع جارية اخرى جاز لان هذه الزيادة تثبت مقابلة بالمبيع والثمن قائم ولو زاد المشتري في الثمن لم يجز لان الزيادة في جانبه تثبت مقابلة بالمبيع والمبيع هالك وهلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن والهلاك الحكمي ملحق بالهلاك الحقيقي وذلك بان باع المبيع ثم اشتراه ثم زاد في الثمن لا يجوز لانه تبدل سبب الملك ارتفع العقد الاول وصار المعقود عليه هالكًا حكمًا ولو اعتق المبيع او كاتبه او دبره او استولد الامة او تخمر العصير او اخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز عند ابي حنيفة خلافًا لهما وعلى هذا الخلاف الزيادة على مهر المراة بعد موتها وانما يلتحق الحط باصل العقد اذا لم يكن المحطوط تبعًا ووصفًا اما اذا كان تبعًا فلا يلتحق باصل العقد حتى لو اشترى دارًا بالف جياد فنقد زيوفًا او نبهرجة ورضي البائع بذلك فان الشفيع لا ياخذ الا بالجياد وكذا اذا اشترى دارًا بعبد فاعور ورضي به البائع فان الشفيع ياخذ الدار بقيمة العبد صحيحًا ولا تجوز الزيادة في المسلم فيه لانه معدوم حقيقة وانما جعل موجودًا في الذمة لحاجة المسلم اليه والزيادة في المسلم فيه لا تدفع حاجته بل تزيد في حاجته فلا تجوز وكذا لا تجوز الزيادة في المنكوحة لان الشرع ما ورد بتمليك الزيادة المتولدة في المملوكة بالنكاح تبعًا للمنكوحة **قال** وتاجيل كل دين غير القرض اي يجوز تاجيل كل دين غير دين القرض لان المطالبة حقه فله ان يؤخره الا ترى انه يملك اسقاطها بالابراء فاولى ان يملك اسقاطها موقتًا بالتاجيل ولو اجله الى اجل مجهول ينظر فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح لا يصح وان كانت يسيرة كالتاجيل الى الحصاد جاز كما في الكفالة وقد ذكرناه من قبل وفي دين القرض لا يجوز التاجيل خلافًا لمالك هو يقول انه حقه فيجوز تاخير المطالبة فيه كما في سائر الديون **ولنا** ان القرض اعارة وصلة ابتداء ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه الا من يملك التبرع كالصبي والولي والمكاتب والعبد المأذون له في التجارة ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه رد مثله فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كالاعارة فان المعير اذا وقت له ان يرجع فيه قبل الوقت وعلى اعتبار الانتهاء لا يجوز التاجيل لان الجنس بانفراده يحرم النساء لا سيما اذا اجتمعت العلة وحرم التفاضل بها ولان الاجل لو لزم فيه لصار التبرع ملزمًا على المتبرع وهو لا يجوز لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض فلان من ماله الف درهم الى سنة حيث يجوز من الثلث ويلزم ولا يطالب حتى تمضي المدة لانه وصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها نظرًا للموصي الا ترى انها تجوز بالخدمة والسكنى ويلزم والله اعلم

باب الربا

قال رحمه الله هو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال هذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق الزيادة قال الله تعالى وما اتيتم من ربا الى قوله فلا يربو عند الله وسمي المكان المرتفع ربوة لزيادته على سائر الاماكن ارتفاعًا والربا محرم بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربا واما السنة فما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم لعن آكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه رواه ابو داود واحمد والترمذي وصححه وقال عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلًا بمثل يدًا بيد فمن زاد او استزاد فقد اربى الآخذ والمعطي فيه سواء رواه البخاري واحمد وعن عبد الله بن حنظلة غسيل الملائكة انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم درهم ربا ياكله الرجل وهو يعلم اشد من ستة وثلثين

زنية رواه احمد واجمعت الامة على تحريمه حتى يكفر جاحده **قال** وعلته القدر والجنس يعني بالقدر الكيل في المكيل والوزن في الموزون وعند الشافعي العلة الطعم بانفراده في المطعومات والثمنية بانفرادها في الاثمان والجنس شرط عنده لحديث معمر بن عبد الله قال كنت اسمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول الطعام مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير رواه مسلم واحمد **وجه** الاستدلال به ان الطعام مشتق من الطعم فذكره يدل على انه علة اذ ترتب الحكم على الاسم المشتق يدل على ان ماخذ الاشتقاق علة له كما في قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وكما في قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فعلة القطع والجلد السرقة والزنا ولان قوله عليه السلام فيما رواه البخاري ومسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل يدل على تضييق في تحصيله لان الاستثناء من النهي مشعر بان حرمة البيع اصل فيه والجواز بعارض وهو التقابض والمساواة مخلص اذ لو اقتصر على قوله لا تبيعوا لما جاز بيعه وتعليق جوازه بشرطين يدل على عزته وخطره كملك البضع ضيق تحصيله باشتراط الشهود والمهر لعزته فعلل بعلة تناسب العزة وهي الطعم في المطعومات لبقاء الانفس والثمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط مصالحها ولا اثر للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر لوجودهما في خطير وحقير لكن الحكم لا يثبت الا عند اتحاد الجنس فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان والفرق بين الشرط والعلة ان العلة مؤثرة في الحكم دون الشرط فانه يضاف وجوده الى العلة عند وجود الشرط لا الى الشرط وقال مالك العلة الاقتيات والادخار لانه عليه السلام خص بالذكر ما يقتات وما يدخر فكان المعنى العزة والخطر به اجمل فكان انسب واولى بالاعتبار **ولنا** ما روي عن عبادة وانس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ما وزن مثل بمثل اذا كان نوعا واحدا وما كيل فمثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا باس به رواه الدارقطني **وجه** التمسك به انه عليه السلام رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص على انهما علة الحكم لما عرف ان ترتيب الحكم على الاسم المشتق ينبئ عن علية ماخذ الاشتقاق لذلك الحكم فلو بيعت المكيل والموزون مثلا بمثل يستتبعه الحل والوزن مع الجنس والذي يدل عليه حديث ابي سعيد وابي هريرة فيما رواه البخاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءهم بتمر جنيب فقال اكل تمر خيبر هكذا قال انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا وقال في الميزان مثل ذلك اي في الموزون اذ نفس الميزان ليس من اموال الربا وهو اقوى حجة في علية القدر وهو بعمومه يتناول الموزون كله المطعوم وغيرهما فيكون حجة عليهما في منعهما ذلك وكذا في حديث ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين المراد به ما يحل الصاع اذ لا يجري الربا في نفس الصاع وهو عام فيما يحله فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة عليهما ولا يقال انه مجاز فلا عموم له لكونه ضروريا لانا نقول له عموم كالحقيقة وهذا لان الحقيقة انما تعم لامر زائد عليهما لا لكونها حقيقة والمجاز يشاركها في هذا المعنى فيعم ولان المقصود التماثل اذ البيع ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل واعتبره الشارع فاوجبه صيانة لاموالهم عن التوى وتتميما للفائدة بالتسليم من الجانبين فلو زاد عليه قدرا ناويا على صاحبه بلا عوض وكذا الحال في المؤجل يفوت به التسوية وفائدة المبايعة لفوات القدرة على التصرف في المؤجل وهو المراد بقوله عليه السلام مثلا

بمثل يعني فوائده يلزم الحرمة وهو المراد بقوله عليه السلام والفضل ربا فيعلل بعلة تؤثر في ايجاب التماثل فتعين القدر والجنس لذلك لانهما يوجبانه اذ التماثل بين شيئين يكون باعتبار الصورة والمعنى ان كل محدث موجود باعتبارهما فالمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيستويان في المقصد الا ترى ان كلا من برين يساوي كلا من در او شعير في الصورة ولا معتبر به لعدم ما قلنا ولا معتبر بالتفاوت في الوصف لانه لا يعد تفاوتا في العادة ولانه قل ما يوجد فيه غير متفاوت فاشتراطه التساوي فيه يؤدي الى سد باب المبايعات وهو مفتوح والطعم والاقتيات والثمنية والادخار من اعظم وجوه المنافع والحاجة اليها من اشد الحاجات وسنة الله تعالى في مثله التوسعة والاطلاق دون التضييق الا ترى ان الميتة اباحها عند المخمصة للحاجة وكذا اجاز الانتفاع بالغنيمة قبل القسمة في دار الحرب لمظنة الحاجة عادة بخلاف سائر الاموال المشتركة ولما كانت حاجة الحيوان الى الهواء والماء والتراب والعشب جعله الله اوسع من غيرها وكلما اشتدت الحاجة اليه كانت التوسعة فيه اكثر فعلله بما يوجب التوسعة على التضييق من فساد الوضع لان معنى فساد الوضع ان يفسد وضع ذلك الحكم على ذلك الدليل لكونه يقتضي خلاف ذلك الحكم وتضاده ولا نسلم ان حرمة البيع اصل بل الاصل هو الحل والحرمة اذا ثبتت انما تثبت بالدليل الموجب لها وهذا لان الاموال خلقت للابتذال فيكون باب تحصيلها مفتوحا فيجوز ما لم يقم الدليل على منعه بخلاف النكاح لان الملك فيه يرد على البضع وهو محترم فيناسب التضييق اعزازا له لتشرفه لادمي فعلم بذلك ان دولة المساواة مخلص باطل ولئن كان مخلصا فهو مخلص في حالة التساوي وعلة الحرمة في حالة التفاضل والشيء الواحد يتضمن حكمين متضادين في محلين مختلفين كالنكاح يثبت الحل في المملوكة والحرمة في امها فكذا القدر والجنس يوجبان الحرمة عند التفاضل والحل عند التساوي وهو المراد بقولنا هما علة الربا والقاطع للشغب انه عليه السلام شرط التماثل بقوله مثلا بمثل والتماثل يكون بالوزن او الكيل لا غير فعلم بذلك انما لا يكال ولا يوزن لا يكون من الاموال الربوية وان الاموال الربوية هي التي تكون من ذوات الامثال وما لا يكون من ذوات الامثال ليست من الاموال الربوية اذ الحكم لا يثبت بدون محله ولهذا قالوا لا يجري الربا فيما لا يدخل تحت المعيار كالحفنة من الحنطة والشعير وكالذرة من الذهب والفضة لما قلنا **قال** حرم التفاضل والنسا بهما اي بالجنس والقدر لما بينا انهما علة الربا **قال** والنسا فقط باحدهما اي حرم النسا وحل التفاضل بوجود احدهما اما القدر وحده دون الجنس كالحنطة بالشعير او الجنس دون القدر كالهروي بالهروي لقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم واحمد وغيرهما من ائمة الحديث ولان باجتماعهما حقيقة العلة فيكون لاحدهما شبهة العلة فيحرم بحقيقة العلة حقيقة الفضل وهو القدر لانه تفاضل حقيقة ويحرم النسا بشبهة العلة شبهة الفضل وهو النسا لانه يشبه الفضل وليس بتفاضل حقيقة اعلم ان العلة لما كانت ذات وصفين ولا يقال ان احدهما جزء العلة وبه لا يثبت الحكم ولا شيء منه فكيف يثبت باحدهما حرمة النسا لانا نقول احدهما علة تامة لهذا الحكم وهو حرمة النسا وان كان بعض العلة في حق ربا الفضل حقيقة فلا يلزم المحظور ويشترط ان يجمعهما الوزن من كل

وجه وإن لم يجمعهما جاز النساء أيضا كالحديد مع القطن ونحوه لأن صفة وزنهما مختلف إذ النقدان يوزنان
بالصنجات ولا يتعينان بالتعيين ويجوز التصرف فيهما قبل القبض وبعده قبل الوزن بخلاف غيرهما من الموزونات
فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكما فلا يحرم النساء والذي يدل عليه أنه عليه السلام قال من أسلم
فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الحديث أجاز السلم بالوزن مطلقا مع أن الدراهم هو الغالب في رأس
المال ولو لم يجز لكان ردا له بالرأي وهو لا يجوز **قال** وحل بعدمهما أي حل التفاضل والنساء بعدم
الجنس والقدر لعدم العلة الموجبة للحرمة إذ الأصل الجواز على ما بينا والحرمة بعارض فيجوز ما لم يثبت
فيه دليل الحرمة ألا ترى أن الله تعالى أباح البيع بقوله وأحل الله البيع فيجري على إطلاقه فيما لم يوجد فيه دليل
الحرمة على ما بينا من قبل **قال** وصح بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والملح والموزون كالنقدين وما
ينسب إلى الرطل بجنسه متساويا وبالا متفاضلا أما بيع المكيل والموزون غير المنسوب إلى الرطل فقد ذكرناه
وبينا أحكامه وأما ما ينسب إلى الرطل منه فالمراد به كل شيء وقع عليه كيل الرطل فإنه يعتبر موزونا لأنه
مقدر بطريق الوزن وذلك مثل الأدهان فإنه موزون غير أنه لما لم يستمسك إلا في وعاء شق عليهم وزنه
بالأمنان والصنجات في كل وقت بالوعاء فقدروا الوعاء بالأرطال والأمنان فاكتفوا به دفعا للحرج فبقي موزونا
على حاله ثم قال في الهداية وإذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف عياره لا يجوز لتوهم الفضل
في الوزن بمنزلة المجازفة معناه أنه إذا باع ما يباع بالأواقي بكيل غيره أو في سواء بسواء لم يجز لأنه باع الموزون
بجنسه بكيل لم يتقدر بالأواقي فتكون مجازفة فيبطل الجواز لتفاضل بالوزن وهذا أشكل لأن الشيئين إذا
استويا في كيل وجب أن يستويا في كيل آخر أيضا ولأنا نجوز الكيل معلوما ومجهولا في ذلك إذ لا يختلف بقلة
فيهما وفي النهاية قال الإسبيجابي فائدة هذا أنه لو باع ما ينسب إلى الرطل بجنسه متفاضلا في الكيل متساويا
في الوزن يجوز وهذا حسن وهو قياس الموزونات فإنه لا يعتبر فيه إلا الوزن غير أنه يؤدي إلى أنه لا يجوز
بالأواقي أيضا إذ لا فرق بين كيل وكيل على ما بينا ولا بد مع هذا الإشكال إلا إذا منع الجواز في الكيل **قال**
رحمه الله وجيده كرديه يعني جيد مال الربا ورديه سواء حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لنهيه
عليه السلام عن ذلك فيما روينا من حديث أبي سعيد وأبي هريرة حين قال له الرجل إنا نأخذ الصاع من هذا
بالصاعين والصاعين بالثلاثة بقوله لا تفعل بع الجمع بالدراهم الحديث ولأن بقاء وصف لا يعد تفاوتا
عادة ولو اعتبر لانسد باب البياعات على ما بينا **قال** ويعتبر التعيين دون التقابض في غير الصرف وقال
الشافعي يعتبر التقابض قبل الافتراق في بيع الطعام بالطعام كالنقد بالنقد لما روينا من حديث عبادة بن الصامت
فإنه شرط فيه أن يكون يدا بيد ولحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه عليه السلام قال الذهب بالورق
ربا إلا هاء وهاء والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء
رواه البخاري ومسلم وأحمد ومعناه أن هذه البياعات لا تجوز إلا إذا قال كل واحد منهما لصاحبه هاء أي خذ
والمراد به وبقوله يدا بيد في الحديث الأول القبض ولهذا يشترط القبض في الذهب والفضة بالإجماع
وإن كان مما يتعين بالإشارة كالمصوغ منهما ولأن قوله عليه السلام يدا بيد لفظ واحد لا يجوز أن يراد به
القبض في حق النقدين والتعيين في حق غيرهما لأنه إما حقيقة فيهما أو حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر وأيهما
كان فلا يجوز الجمع بينهما لما عرف أن المشترك لا عموم له وأن الجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز ولأنه يؤدي إلى

تفاوت القبض بأن يقبض أحدهما دون الآخر فأشبه النساء أو أجل وهذا لأن للمقبوض مزية على غيره فيفوت به التساوي
وهو الشرط **ولنا** أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ونحوه إذا بيع بجنسه أو بخلاف جنسه لحصول
مقصوده وهو التمكن من التصرف بخلاف الصرف لأنه لا يتعين إلا بالقبض فيشترط فيه ليتعين وتعاقب
القبض لا يعد تفاوتا في المتعين بخلاف الحال والمؤجل والمراد بما روي التعيين غير أن ما يتعين به يختلف فالنقدان
يتعينان بالقبض وغيرهما بالتعيين فلا يلزم الجمع بين معنى المشترك ولا بين الحقيقة والمجاز وإنما شرط القبض
في المصوغ من الذهب والفضة باعتبار أصل خلقته وهو الثمنية لأن الثمن لا يتعين بالتعيين فيشترط قبضه
ولا يسقط اشتراط القبض بالصنعة لما فيه شبهة عدم التعيين باعتبار الأصل إذ الشبهة في الحرمات ملحقة بالحقيقة
قال رحمه الله وصح بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة
بالجوزتين والتمرة بالتمرتين لأن هذه الأشياء ليست بمكيل ولا موزون فلم يدخل تحت المعيار فانعدمت العلة
بانعدام أحد شطريها وهو القدر ولهذا يضمن بالقيمة عند الإتلاف عندنا وما دون نصف صاع بمنزلة
الحفنة لأنه لا تقدير فيه في الشرع بما دونه فلم يكن من ذوات الأمثال هذا إذا باع ما دون نصف الصاع بما
دون نصف الصاع وإن باع ما دون نصف صاع بنصف صاع أو أكثر لم يجز إلا مثلا بمثل لوجود المعيار من أحد
الجانبين فتحققت الشبهة وعلى هذا لو باع ما لا يدخل تحت الوزن كالذرة من ذهب وفضة بما لا يدخل تحته جاز
لعدم التقدير شرعا إذ لا يدخل تحت الوزن وعند الشافعي لا يجوز جميع ذلك لأن العلة عنده الطعم أو الثمنية وقد وجدت
قال والفلس بالفلسين بأعيانهما أي البدلان بأعيانهما بأن كان الفلس معينا والفلسان معينين وهذا
عندهما وقال محمد لا يجوز لأن الفلوس الرائجة أثمان والثمن لا يتعين بالتعيين ولهذا إذا قابلت الفلوس خلاف
جنسها لا تتعين كالدراهم والدنانير حتى كان له أن يعطي غيرها ولا يبطل البيع بهلاكها وهذا لأن ثمنيتها باصطلاح
الكل فلا تبطل باصطلاحهما كالدراهم والدنانير فإذا لم تتعين تؤدي إلى الربا أو يحتمله بأن يأخذ بائع الفلس
الفلسين ولا يرد أحدهما قضاء بدينه ويأخذ الآخر بغير عوض أو يأخذ بائع الفلسين الفلس أولا ثم يغصب البائع
فلسا آخر فيرد عليه فيرجع إليه فلسه مع فلس آخر بغير عوض يقابله وهو ربا فصار كما لو كانا بغير أعيانهما
أو أحدهما بعينه والآخر بغير عينه ولهما أن الفلوس ليست بأثمان خلقة وإنما كانت ثمنا بالاصطلاح وقد
اصطلحا بإبطال الثمنية فتبطل وإن كانت ثمنا عند غيرهما من الناس لبقاء اصطلاحهم على ثمنيتها وهذا لأنه
لا ولاية للغير عليهما فلا يلزمهما اصطلاحهم بخلاف الدراهم والدنانير لأن ثمنيتها بأصل الخلقة فلا تبطل بالاصطلاح
فإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين فلا يؤدي إلى الربا بخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما أو أحدهما بغير عينه لأنه
يؤدي إلى الربا على ما بينا **فإن قيل** إذا بطلت الثمنية وجب أن لا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا لأن النحاس
موزون وإنما صار معدودا بالاصطلاح على الثمنية فإذا بطلت الثمنية عاد إلى أصله موزونا فلا يجوز بيعه
بجنسه متفاضلا **قلنا** لا يعود موزونا لأن اصطلاحهما على العد باق ولا يلزم من بطلان الثمنية بطلان
العد وكم من شيء معدود لا يكون ثمنا ألا ترى أن الأواني من النحاس ونحوه غير الذهب والفضة يجوز بيع بعضها
ببعض متفاضلا إذا كانت في اصطلاحهم معدودة وهذا لما عرف أن المعتبر في كونه موزونا أو مكيلا في غير المنصوص
عليه العرف بخلاف المنصوص عليه كالأشياء الستة لأن العلة المستنبطة لا تعتبر في محل النص للاستغناء
عنها بالنص ولهذا إذا كانت العلة المستنبطة قاصرة لا تعتبر أصلا بخلاف المنصوص عليها فإذا لم يبطل

اصطلاحهما على العدلم بعد ونسبها فجاز بيعه متفاضلا ولا يقال اذا اهدرت الفلوس باتفاق الكل لا يجوز ثمنا
باصطلاح المتعاقدين حتى لا يجري فيها احكام الاثمان فكذا لا يجوز عروضا ايضا باصطلاحهما لانا نقول
الاصل فيها ان يكون عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد مخالف للاصل ولرأي الجماعة فلا يصح بخلاف
اصطلاحهما على جعلها عروضا لانه موافق للاصل فيصح وان كان فيه خلاف رأي الكل **قال** واللحم بالحيوان
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه الا اذا كان اللحم المفرز اكثر مما
في الحيوان ليكون لحمه بمقابلة اللحم والزائد بالسقط لنهيه عليه السلام عن بيع اللحم بالحيوان رواه في
الموطأ ولانهما جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع احدهما بالاخر نسيئة فكذا متفاضلا كالزيت بالزيتون ولهما
انه بيع المعدود بالموزون فيجوز متفاضلا لاختلافهما جنسا وهذا لان الحيوان ليست فيه مالية اللحم اذ هي
متعلقة بفعل شرعي وهو الذكاة الا ترى انه لا ينتفع به انتفاع اللحم فصار جنسا آخر غير اللحم ولهذا قال الله
تعالى فكسونا العظام لحما ثم انشأناه خلقا آخر اي بنفخ الروح فاذا كان جنسا آخر جاز بيع احدهما بالاخر متفاضلا
بخلاف الزيت مع الزيتون لانهما جنس واحد اذ الزيت موجود فيه للحال وانما هو مستتر وانما لا يجوز بيع
احدهما بالاخر نسيئة لان المتأخر منهما لا يمكن ضبطه على ما عرف في باب السلم لا لانهما جنس واحد الا ترى انه
لا يجوز ذلك اذا باع بغيره من خلاف الجنس ايضا ولو كان المذبوح غير مسلوخ وجب ان يجوز عنده ايضا على
وجه الاعتبار بان يجعل لحم كل واحد منهما بمقابلة الاخر كما قالوا في شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بيعت
احداهما بالاخرى **قال** والكرباس بالقطن وكذا بالغزل كيف ما كان لاختلافهما جنسا لان الثوب لا
ينقض فيصير غزلا او قطنا وكذا القطن والغزل موزونان والثوب ليس بموزون ولو باع القطن بغزله
قال محمد رحمه الله جاز كيف ما كان لاختلاف الجنس بينهما لان الغزل لا ينقض فيعود قطنا وقال ابو يوسف
لا يجوز الا متساويا لان غزل القطن لا ان القطن غزل قال وقول محمد اظهر ولو باع المحلوج بغير المحلوج
جاز اذا علم ان الخالص اكثر مما في الاخر وان كان لا يدري لا يجوز ولو باع القطن غير المحلوج بحب القطن
فلا بد ان يكون الحب الخالص اكثر من الحب الذي في القطن حتى يكون بمقابلته والزائد بالقطن
وكذا لو باع شاة على ظهرها صوف او في ضرعها لبن بصوف او لبن يشترط ان يكون الصوف واللبن
اكثر مما على الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو نظير بيع الزيت بالزيتون على ما يجيء **قال** والرطب بالرطب
او بالتمر مثلا بمثل والعنب بالزبيب يعني مثلا بمثل ايضا اما الرطب بالتمر فالمذكور هنا قول ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه اينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذا
فاسد البيع واشار الى العلة وهي النقصان وفيه اشارة الى انه يشترط لجواز العقد المماثلة في
اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف لا في الحال فصار نظير بيع الدقيق بالحنطة فانه لا يجوز للتفاوت
بعد الطحن وله قوله عليه السلام في الحديث المشهور التمر بالتمر مثلا بمثل والرطب تمر فيجوز
بيعه بالتمر مثلا بمثل والدليل على انه تمر ما روي انه عليه السلام حين اهدي اليه رطب قال
او كل تمر خيبر هكذا وروي انه عليه السلام نهى عن بيع الثمر حتى يزهي فقيل وما يزهي قال يحمر
وهو اسم له من اول ما ينعقد الى ان يدرك ولانه ان كان تمرا جاز بيعه باول الحديث وهو قوله
عليه السلام التمر بالتمر مثلا بمثل وان كان غير تمر فباخره وهو قوله عليه السلام اذا

اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ولانهما مستويان في الحال وانما يتفاوتان في المآل لذهاب جزء منه وهو الرطوبة
بخلاف بيع الحنطة بالدقيق لانهما متفاوتان في الحال ويظهر ذلك بالطحن اذ الطحن لا يزيد فيه شيئا وما رواه
لم يصح لان مداره على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة ولئن صح فهو محمول على ان السائل كان وصيا في مال
يتيم او وليا لصغير فلم ير عليه السلام بهذا التصرف نظرا له اذ هو معتبر بالنظر الا ترى انه يمنع من بيع الجيد
بالرديء من مال الربا لما ذكرنا وبيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف والوجه ما بيناه من الجانبين وقيل
لا يجوز بالاتفاق كالحنطة المقلية بغير المقلية والفرق لابي حنيفة بينه وبين الرطب بالتمر في هذه الرواية
ان النص الوارد بلفظ التمر هناك يتناول الرطب على ما بينا ولم يوجد مثله هنا فبقي محرما على ما يقتضيه الدقل
واما بيع الرطب بالرطب فلما روينا لان اسم التمر يتناوله فيجوز بيعه مثلا بمثل لذلك ولو باع البسر بالتمر
لا يجوز التفاضل فيه لانه تمر على ما بينا بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر لانه ليس بتمر لان اسم
التمر يطلق عليه من اول ما ينعقد صورته لا قبله وهو عددي متفاوت وهو اول ما ينشق عنه النخل سمي به
لانه يستر ما في جوفه ولتفاوته فاحشا لا يجوز السلم فيه ولو باع حنطة رطبة او مبلولة بحنطة رطبة او
مبلولة او يابسة جاز البيع وكذا لو باع تمرا منقعا او زبيبا منقعا بتمر مثله او زبيب مثله او باليابس
منهما جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز شيء من ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال
وهو بعد اليبس والفرق له بين بيع الرطب بالرطب وبين بيع المبلول ونحوه بمثله حيث اجاز بيع الرطب
بالرطب ومنع غيره جميعه ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد كما في
الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك الاسم فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب يكون
التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه وابو حنيفة يعتبر المساواة في الحال وكذا ابو يوسف
لاطلاق قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل الحديث وهو باطلاقه يتناول الحنطة والتمر والشعير
على اي صفة كان الا ان ابا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر حتى منعه بما رويناه من حديث زيد بن
عياش على ما بينا من قبل **قال** واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ولبن البقر والغنم وخل الدقل
بخل العنب وقال الشافعي لا يجوز لانه جنس واحد لاتحاد الاسم والصورة والمقصود **ولنا** ان اصولها اجناس مختلفة
حتى لا يضم بعضها الى بعض في الزكاة واسماؤها ايضا مختلفة باعتبار الاضافة كدقيق البر والشعير والمقصود
ايضا مختلف فبعض الناس يرغب في بعضها دون بعض وقد يضره البعض وينفعه غيره والمعتبر في الاتحاد في
المعنى الخاص دون العام ولو اعتبر العام لما جاز بيع شيء بشيء اصلا بخلاف لحم الجاموس والبقر او لبنهما او لحم
المعز والضأن او لبنهما او لحم العراب والبخاتي حيث لا يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا لانهما جنس
واحد حتى يضم احدهما الى الاخر في تكميل النصاب في الزكاة وكذا اجزاؤهما ما لم يختلف المقصود كشعر المعز
وصوف الضأن او لم يتبدل بالصنعة لانه بالتبدل يختلف المقاصد ولهذا جاز بيع الخبز بالحنطة متفاضلا
وكذا بيع الزيت المطبوخ بغير المطبوخ او الدهن المربى بالبنفسج بغير المربى منه متفاضلا وانما جاز
بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا وان كان من جنس واحد ولم يتبدل بالصنعة لكونه غير موزون عادة
فلم يكن معيارا فلم يوجد العلة فحاصله ان الاختلاف باختلاف الاصل او المقصود او بتبدل الصنعة **قال**
وشحم البطن بالالية او باللحم يعني يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا وان كانت هي من الضأن لانها اجناس

مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد **قال** والخبز بالبر او الدقيق متفاضلا وعن ابي حنيفة انه لا يجوز
بيعه به اصلا لان بينهما شبهة المجانسة في الحال ولا يعرف التساوي بينهما فصار كبيع المقلية بغير المقلية او
الدقيق بالحنطة والاول اصح لان الخبز بالصنعة صار جنسا اخر حتى خرج من ان يكون مكيلا والبر والدقيق مكيل فلم
يجمعهما القدر ولا الجنس حتى جاز بيع احدهما بالاخر نسيئة اذا كانت الحنطة هي المتاخرة لامكان ضبطها وان
كان الخبز هو المتاخر او المسلم فيه فلا يجوز عند ابي حنيفة لانه يتفاوت بالطبخ والعجن والنضج واما عندهما فقد
ذكر في النهاية معزيا الى المبسوط انه لا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن اصحابنا من يقول لا يجوز عندهما
ومنهم من يقول يجوز على قياس السلم بالخبز وبه يفتى للتعامل وفي الكافي ان ابن رستم ذكره في نوادره ان على قول ابي حنيفة
ومحمد لا يصح السلم في الخبز وعلى قول ابي يوسف يصح وزنا ولا يجوز استقراضه وزنا ولا عددا عند ابي حنيفة
لما ذكرنا في السلم بل اولى لان باب السلم اوسع حتى جاز السلم في الثياب دون القرض وهو القياس وقال محمد
يجوز بالوزن والعدد جميعا للتعامل وبه يترك القياس كالاستصناع وقال ابو يوسف يجوز بالوزن دون العدد
لان احاده تتفاوت بالعدد دون الوزن وعليه الفتوى **قال** لا بيع البر بالدقيق او بالسويق يعني لا يجوز بيع
الحنطة باحدهما لا متفاضلا ولا متساويا لانه جنسه من وجه وان اختص باسم اخر فيحرم لشبهة الربا لان
احدهما بر والاخر اجزاؤه او احدهما دقيق والاخر اجزاؤه وهذا لانه بالطحن لم يوجد الا تفريق
الاجزاء والمجتمع بالتفريق لا يصير جنسا اخر فبقيت شبهة المجانسة وبثبوت الشبهة تثبت حرمة
الربا كما في دهن السمسم مع السمسم غير ان المعيار فيهما الكيل وهو غير مسو لهما الا ترى ان البر اذا طحن
تزيد عليه وتلك الزيادة كانت موجودة في الحال وظهرت بالطحن بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم حيث
يجوز لان المعيار فيهما الوزن وهو مسو لهما فامكن التساوي بينهما ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا
ولا يجوز متفاضلا لاتحاد الاسم والصورة والمعنى وبه تثبت المجانسة من كل وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل
كما في البر بالبر وقال ابو بكر محمد بن الفضل انما يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا مكبوسين وان كانا غير
مكبوسين او احدهما لا يجوز وان باع الدقيق بالدقيق موازنة فعنه روايتان ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق
متفاضلا ولا متساويا عند ابي حنيفة وقالا يجوز كيف ما كان لانهما جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمقصود
الا ترى ان احدهما يصلح لما لا يصلح له الاخر وهو اية الاختلاف غير انه لا يجوز ان يباع احدهما بالاخر
نسيئة لان القدر يجمعهما ولابي حنيفة انهما جنس واحد من وجه لانهما من اجزاء الحنطة ولهذا لا يجوز
ان يباعا بالحنطة لاتحاد الجنس وعدم المسوي وكذا لا يجوز بيع اصل احدهما باصل الاخر وهو المقلية
بغير المقلية لما ذكرنا فكذا الجزءان لا يجوز بيع احدهما بالاخر اذ الجزء لا يخالف الكل وتفاوت بعض
المقاصد لا يخرجه من ان يكون جنسا له كاصل احدهما مع اصل الاخر ومعهما على ما بينا وكالبر العلك مع
المسوس حتى لا يجوز بيع احدهما بالاخر الا متساويا ومجرد اختلاف الاسم لا يدل على اختلاف الجنس الا ترى ان
بعض الانسان يختص باسم كالشاب والشيخ والطفل ونحوه مع اتحاد الجنس وبيع المقلية بالمقلية والسويق
بالسويق متساويا جائز لاتحاد الجنس **قال** والزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت
والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم اي لا يجوز البيع حتى يكون الدهن الخالص اكثر مما في الاخر فيكون
قدره بمثله والزائد بالثجير لاتحاد الجنس بينهما معنى باعتبار ما في ضمنهما وان اختلفا صورة وتثبت
بذلك شبهة المجانسة والربا يثبت بالشبهة فلو لم يكن الدهن الخالص اكثر لا يجوز من الذي في الاخر لان
الثجير بلا عوض يقابله فيحرم ولو لم يعلم ان الخالص اكثر لا يجوز خلافا لزفر هو يقول ان الاصل هو الجواز والفساد
طارئ عند وجود الفضل الخالي عن العوض فلا يفسد ما لم يعلم ذلك قلنا المتوهم في الربا كالمحقق الا ترى الى ما روي
عن جابر انه عليه السلام نهى عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر رواه مسلم والنسائي وروي
عنه عليه السلام انه نهى عن الربا والريبة وهي شبهة الربا وقال ابن مسعود رضي الله عنه كنا ندع تسعة اعشار
الحلال مخافة الحرام وعلى ذلك كان السلف رضي الله عنهم ولا يقال ان السمسم مكيل والدهن موزون فكيف
يحرم التفاضل بينهما لانا نقول المقصود منه دهنه وهو موزون والحرمة باعتباره **فان قيل** على هذا ينبغي ان يجوز
بيع السمسم بالسمسم متفاضلا حملا على وجه الاعتبار بان يصرف الجنس الى خلاف جنسه **قلنا** ذلك يتاتى في
المنفصل خلقة دون المتصل وكذا بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه وكل شيء لثفله قيمة اذا بيع بالخالص
منه لا يجوز حتى يكون الخالص اكثر وان لم يكن لثفله قيمة كتراب الذهب اذا بيع بالذهب او تراب الفضة اذا بيع
بالفضة لا يشترط ان يكون الذهب او الفضة اكثر مما في التراب لان التراب لا قيمة له فلا يجعل بازائه شيء حتى لو
جعل فسد لربا الفضل **قال** ويستقرض الخبز وزنا لا عددا وهذا عند ابي يوسف وعند محمد يستقرض بهما
وقد بيناه من قبل **قال** ولا ربا بين المولى وعبده لانه وما في يده ملكه فلا يتحقق الربا هذا اذا لم يكن عليه
دين مستغرق برقبته وما في يده وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس بملك للمولى عند ابي حنيفة فصار
كالمكاتب وعندهما تعلق به حق الغير فلا يعرى عن الشبهة وفي المحيط في كتاب الصرف لا ربا بينهما وان كان عليه
دين لان له ان ياخذ كسب عبده المديون بعوض بقدره استخلاصا كما لو اشترى المحتال الحيل بهذا الطريق الا انه اذا اخذ
منه درهمين بدرهم يرد الدرهم الزائد على العبد لانه اخذه بغير عوض لا للربا حتى لو اخذ منه درهمين بدرهم
لا يجب على العبد الرد على المولى بخلاف المكاتب لان حق المولى لا يظهر في حق كسب المكاتب والمتفاوضان لا ربا بينهما
لان المال لهما وكذا شريكا العنان اذا تبايعا من مال الشركة وان كان من غيره لم يجز **قال** وبين الحربي
والمسلم ثمة اي لا ربا بينهما في دار الحرب وكذلك اذا تبايعا بيعا فاسدا في دار الحرب فهو جائز وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي لا يجوز لان المسلم التزم بالامان ان لا يتملك مالهم الا بالعقد
وهذا العقد وقع فاسدا فلا يفيد الملك الحلال فصار كما اذا وقع مع المستامن منهم في دارنا ولهما قوله
عليه السلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح وبعقد الامان لم يصر معصوما الا انه
التزم ان لا يغدرهم ولا يتعرض لما في ايديهم بدون رضاهم فاذا اخذه برضاهم فقد اخذ مالا مباحا بلا غدر
فيملكه بحكم الاباحة السابقة اذ لا تاثير للامان في تحصيل التراضي ودون التملك فان الملك في حق الحربي
زائلا بالتجارة عن تراض وفي حق المسلم ثابتا بالاستيلاء على مال مباح بخلاف المستامن منهم في دارنا لان ماله
صار محظورا بعقد الامان ولو اسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر الينا فكذلك الحكم عند ابي حنيفة رحمه الله
لان ماله غير معصوم عنده على ما عرف في موضعه

باب الحقوق

قال رحمه الله العلو لا يدخل بشراء بيت وبشراء منزل الا بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل او كثير
هو فيه او منه ويدخل بشراء دار كالكنيف اي لا يدخل العلو بشراء بيت وان قال بكل حق هو له ما لم ينص عليه وبشراء
منزل لا يدخل الا ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه وبشراء الدار يدخل العلو

وان لم يذكر شيا من ذلك لما يدخل العلو لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة والعلو مثله والشي لا يكون تبعا لمثله ولا جزءا من حقوقه فلا يدخل بدون التنصيص عليه والدار اسم لما ادير عليه الحدود من الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من اجزائه وتوابعه فيدخل فيه من غير ذكر والمنزل بين الدار والبيت لانه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل باهله مع ضرب قصور فيه فانه ليس فيه اصطبل فكان له شبه بهما فلشبهه بالدار يدخل فيه العلو تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذكر توفيرا على الشبهين حظهما وذكر في الكافي ان هذا الجواب على هذا التفصيل بنا على عرف اهل الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سوا باع باسم البيت او المنزل او الدار لان كل منزل يسمى خانه سواء كان صغيرا او كبيرا فانه يقول بنا ولا العلو والسفل والاحكام في مثل هذا تبنى على العرف فيعتبر في كل اقليم وفي كل عصر عرف اهله وانما يدخل الكنيف لان الدار اسم لما ادير عليه الحائط والكنيف منه فيدخل بذكر الدار من غير افراده بالذكر كالعلو ولو كان خارج الدار مبنيا على الظلة يدخل لانه يعد من الدار عادة ويدخل بير الماء والاشجار في صحنها والبستان منها لما ذكرنا وان كان البستان خارج الدار ان كان اصغر منها او مثلها لا يدخل الا بالشرط لانه خارج عن حدودها وان كان اصغر منها يدخل لانه يعد من الدار عرفا فصار تبعا لها **قال** ولا الظلة الا بكل حق اي لا يدخل الظلة في بيع الدار الا اذا قال بكل حق او نحو ذلك مما ذكرنا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يدخل من غير ذكر شي مما ذكرنا اذا كان مفتحها في الدار لانها من توابع الدار كالعلو ولابي حنيفة انها خارجة عن الحدود مبنية على هوا الطريق فصارت كالطريق ولانها تابعة للدار من حيث ان قرار احد طرفيها عليها وليست تابعة لها من حيث ان قرار طرفها الاخر على شي اخر فصارت تابعة من وجه دون وجه فيدخل ان ذكر الحقوق ونحوها والا فلا عملا بالشبهين **قال** ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب الا بنحو كل حق بخلاف الاجارة اي لا يدخل هذه الاشيا في بيع الارض او المسكن الا اذا ذكر كل حق او نحوه بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها من غير شرط لان هذه الاشيا تابعة من وجه من حيث انها تقصد للانتفاع بالمبيع دون عينها اصل من وجه من حيث انه يتصور وجودها بدون المبيع فكانت تابعة للمبيع من وجه دون وجه فلا يدخل في البيع الا بذكر الحقوق والمرافق وهذا لانه قد يشترى للمبيع فلا يلزم التسليم للانتفاع به وقد يشتري الطريق بعدما اشترى المبيع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع لا غير ولهذا لا يجوز الاجارة فيما لا يمكن الانتفاع به ولو بطل الانتفاع بعد عقد الاجارة بطل الاجارة وكذا لو استثنى هذه الاشيا عن عقد الاجارة بطل اذ لا يملك الانتفاع بالعين المستاجرة الا بهذه الاشيا فوجب دخولها فيها تصحيحا لها الا ترى انه لو استاجر الطريق من صاحب العين لا يجوز بمعنى الدخول فيها ولا يدخل مسيل ما المزراب اذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه وقدور الحمام يدخل فيه لانه مركب بالبنا ولو اشترى رحا يدخل الحجر الاسفل لانه مركب وكذا الاعلى استحسانا والالات الملصقة بالبيت لان الرحا اسم لمجموع الحجر والحجر الاعلى هو الدوار ﴿

باب الاستحقاق

قال رحمه الله البينة حجة متعدية لا الاقرار لان البينة لا تصير حجة الا بقضاء القاضي وللقاضي ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة والاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر **قال** والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والنسب والطلاق لان القاضي لا يمكنه ان يحكم بالكلام المتناقض اذا احدهما ليس باولى من الاخر فيسقطا غير ان الحرية والطلاق والنسب بناؤها على الخفا فيعذر في التناقض لان النسب ينبني على العلوق والطلاق والحرية ينفرد بهما الزوج والمولى فيخفى عليهم **قال** مبيعة ولدت فاستحقت تبعها ولدها وان اقر بها لرجل لا والفرق ان البينة حجة مطلقة مبينة كاسمها فيثبت بها الملك من الاصل ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن عند استحقاق المبيع بالبينة والاقرار حجة قاصرة يثبت به الملك في المقر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة باثباته بعد الانفصال فلا يظهر الاستحقاق في حقه ولهذا لا يرجع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع بالاقرار ولان المالك يقدر على انشا الملك للحال فيحمل اقراره به على ذلك بخلاف الشهود فانهم لا يقدرون على اثبات الملك بشهادتهم للمستحق الا ان يجعلوا له قبل ذلك فلو شهادتهم الملك من الاصل فيستحقه بزوائده ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام لانه تبع لها فيكتفى به وقيل يشترط القضاء له بالولد وهو الاصح لان محمدا رحمه الله قال اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم يدخل الزوائد تحت الحكم لانه منفصل وقت القضاء وذكر في النهاية ان الولد انما لا يستحق في الاقرار اذا لم يدعه المقر له واما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له **قال** ولو قال عبد لمشتر اشترني فانا عبد فاشتراه فاذا هو حر فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة فلا شي على العبد والا رجع المشتري على العبد والعبد على البائع بخلاف الرهن يعني اذا قال ارهني فاني عبد فارتهنه فاذا هو حر حيث لا يرجع المرتهن على العبد بحال سواء كان الراهن حاضرا او غائبا وعن ابي يوسف انه لا يرجع في الفصل الاول ايضا لان ضمان الثمن بالمعاوضة او بالكفالة ولم يوجد واحد منهما فصار كمسالة الرهن وكما اذا قال اشترني او قال انا عبد ولم يزد على ذلك وهذا لان مما يوجب الضمان لا يختلف بين ان يكون حاضرا او غائبا كالرهن يحققه انه لم يوجد منه الا الاخبار كاذبا والامر بالشرا وذلك لا يوجب الضمان كما اذا كان ذلك من الاجنبي ولهذا قلنا فيمن قال لغيره اسلك هذا الطريق فانه امن او قال له كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فكان بخلاف ذلك لا يجب عليه ضمان ما عطب بسبب ذلك لما قلنا وجه الظاهر ان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه او سلامة الثمن للمشتري عند تعذر استيفائه من البائع لانه انما اقدم على الشرا اعتمادا على كلامه فصار بذلك بمنزلة المغرور من جهته والغرور في المعاوضات يجعل سببا للضمان دفعا للضرر عنه بقدر الامكان لان المعاوضات تقتضي سلامة العوض فاذا ظهرت حريته الاصل وابطلت الضمان وتعذر الاستيفا من جهة البايع يواخذ هو بذلك كالمولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد اذنت له في التجارة فبايعوه فلحقه ديون ثم ظهر انه حر او استحق رجعوا عليه بقيمته بحكم الغرور دفعا للضرر عن الغرما فيجعل المولى كانه ضمن لهم سلامة المالية والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة بخلاف الرهن لانه ليس بيعا وضمانا بل هو حبس من غير عوض يقابله ويصير بعاقبته استيفا لعين حقه من غير ان يجعل مبادلة الا ترى ان الرهن يجوز في موضع لا يجوز فيه المبادلة كثمن الصرف والسلم والمسلم فيه فلا يمكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة اذ هو غير في ضمن عقد المعاوضة وبخلاف المستشهد به من الاكل والسلوك او كان الامر بذلك من الاجنبي لانه ليس بعقد معاوضة والامر الاجنبي لا يعبا به ولا يلتفت اليه وبخلاف ما اذا قال اشترني او قال انا عبده ولم يزد عليه لان المشتري يعتمد على الامر ولا يجوز شرا العبد كالمكاتب فلم يوجد منه ما يدل على الضمان ثم اذا ضمن المقر بالعبودية يرجع بذلك على الامر لانه قضى دينا عليه وهو مضطر فيه ولا يكون متبرعا كمعير الرهن اذا قضى الدين ليخلص الرهن **فان قيل** لا يتصور هذه المسالة على قول ابي حنيفة فان الدعوى شرط عنده لقبول الشهادة بالحرية لكون العتق حق العبد

بالبناء صح

من جهة البايع صح

[illegible] صح

والتناقض فيه يمنع صحة الدعوى فكيف تقبل بينته على الحرية بعد اقراره بالرق **قلنا** قد اجاب عنه بعض
مشايخنا بان الوضع في حرية الاصل والدعوى فيها ليست بشرط عنده لتضمنها تحريم الفرج لان الشهود يجب
عليهم تعيين الامة في حرية الاصل يحرم على المولى وحرمة الفرج حق الله تعالى وفي حقوق الله تعالى الدعوى ليست
بشرط كما في عتق الامة فلا يكون التناقض مانعا حتى لو خلت حرية الاصل عن تحريم الفرج كما في المغرور تكون الدعوى
فيه شرطا والتناقض مانع من صحتها من حيث انه يعدم الدعوى وعامتهم على ان دعوى العبد شرط عنده في الحرية
الاصلية والطارية لانها حق العبد وهو الصحيح لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى وقبول الشهادة فيهما
لخفاء الحال عليه فيعفى التناقض فيه **اما** الحرية الاصلية فلان الصغير قد يجلب من دار الحرب ولا يعلم بحرية ابويه
او بحرية احدهما باسلامهما او باسلام احدهما فيها ويعتقد انه رقيق فيقر بالرق ثم يتبين له الحال بعد ذلك فيدعي
الحرية فيعذر في التناقض **واما** في العتق الطارئ فان المولى يستبد به ويخفيه على العبد فيعذر في التناقض كالمختلعة
تقيم البينة ان زوجها طلقها ثلاثا قبل الخلع وكالمكاتب اذا اقام بينة ان مولاه اعتقه قبل الكتابة **قال**
رحمه الله ومن ادعى حقا في دار اي مجهولا فصولح على مائة فاستحق بعضها لا يرجع بشيء لان دعواه يجوز ان يكون
فيما بقي وان قل فما دام في يده شيء لا يرجع عليه بخلاف ما اذا استحق كلها لانا تيقنا بانه اخذ عوض ما لا يملك
فيرد ودلت المسئلة على ان الصلح على مجهول عن معلوم جائز لانه لا يفضي الى المنازعة والمنع باعتباره فاذا خلى
عنه جاز وقد ذكرناه في الابراء عن كل عيب وذكرنا الخلاف فيه ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط
لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار غير صحيحة لجهالة المدعى حتى لو اقام البينة على هذه الصورة لا تقبل بينته الا
اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك الحق فحينئذ تقبل بينته لان الاقرار بالمجهول صحيح بخلاف البينة وقال بعض المشايخ
لا يصح الصلح الا في دعوى الاقرار او دعوى المقدر من الدار لانه معاوضة او فداء اليمين والمعاوضة لا
تجوز في المجهول وكذا اليمين لانها لا تتوجه الا بعد صحة الدعوى قلنا قد يكون لدفع الشغب والخصومة
وذلك يحصل به وهذا اذا لم يقدر الحق بشيء وان قدره بجزء معلوم كربع مثلا او نصف لا يرجع عليه ما دام في يده
ذلك القدر وان بقي اقل منه رجع عليه بحساب ما استحق منه **قال** ولو ادعاها رجع عليه بحصته
لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شيء تبين ان المدعي لا يملك ذلك القدر فيرد بحسابه من
العوض **قال** ومن باع ملك غيره فللمالك ان يفسخه ويجيزه ان بقي العاقدان والمعقود عليه وله اي للمالك
ان يجيز العقد بشرط ان يبقى المتعاقدان والمعقود عليه والمعقود له وهو المالك بحالهم والاصل فيه ان كل تصرف
صدر من الفضولي وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفا على الاجازة عندنا وان لم يكن له مجيز حالة العقد
لا يتوقف ويقع باطلا والشراء لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا على العاقد وان لم يجد نفاذا يتوقف كشراء
العبد والصغير المحجور عليهما وعند الشافعي لا تنعقد تصرفات الفضولي اصلا ولا تجوز باجازة المالك لانها
وقعت باطلة لخلوها عن ولاية شرعية اذ هي بالملك او بتوكيل المالك ولم يوجد واحد منهما فلغو لان التصرفات
الشرعية تتوقف على الولاية كما تتوقف على الاهلية والمحلية **ولنا** حديث عروة بن ابي الجعد البارقي ان النبي
صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري له به شاة فاشترى له بها شاتين فباع احداهما بدينار وجاء بشاة ودينار
فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه رواه البخاري واحمد وابو داود وحديث حبيب بن ابي
ثابت عن حكيم بن حزام ان النبي صلى الله عليه وسلم بعثه ليشتري له اضحية بدينار فاشترى اضحية فاربح فيها دينارا

فاشترى اخرى مكانها فجاء بالاضحية والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ضح بالشاة وتصدق
بالدينار رواه الترمذي وهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز بيعه ولو كان باطلا لرده وانكر عليه ولان
ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده موقوفا فينعقد وهذا لان الاهلية
بالعقل والتمييز والمحلية بكون المال متقوما وقد وجدا وليس فيه ضرر على المالك لانه يجيزه اذا راى المصلحة
فيه والا فسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وسقوط رجوع حقوق
العقد اليه وينتفع المتعاقدان لصون كلامهما عن الالغاء فيثبت القدرة الشرعية احرازا لهذه المنافع على ان الاذن
ثابت دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع اذ لا يوجد مثل هذا التصرف الا لنافع في حال غيبته
عادة الا من صديق او متفضل نصوح يرى لاخيه مثل ما يرى لنفسه **فان قيل** المقصود بوضع الاسباب
الشرعية احكامها لا مجرد السبب فاذا لم يفد الحكم لا يعتبر وحكمها وهو الملك لا يتصور من غير المالك فيلغو
قلنا لا نسلم انه لا يفيد الملك بل يفيد ملكا موقوفا لانه الملائم للسبب الموقوف كما يفيد السبب البات
الملك البات لانه هو الملائم له ولهذا لو اعتق المشتري ثم اجاز المالك البيع نفذ عتقه ولان السبب انما يلغو
اذا خلى عنه شرعا واما اذا تاخر فلا لانه لعله قد يتاخر حكمها لعارض كالبيع الذي فيه الخيار للمتعاقدين او لاحدهما
وكالراهن اذا باع او رهن بغير اذن المرتهن ينعقد ويتوقف الحكم لحق المرتهن وكذا الطلاق المضاف
الى شهر سبب في الحال ويتاخر حكمه وكذا شهر رمضان سبب لوجوب الصوم ويتاخر الوجوب في حق المسافر والمريض
ولا يلزم على هذا اعتاق الصبي وطلاقه وهبته وبيعه بالغبن الفاحش حيث لا يجوز لو اجازها الولي او هو بنفسه
بعد بلوغه لان هذه العقود لا مجيز لها حال وقوعها لتمحضها ضررا عليه الا ترى ان الولي لا يملك انشاءها فبطلت
فبعد ذلك لا يعود صحيحة حتى لو باشر الصبي عقدا يملكه عليه الولي كالنكاح والاجارة والبيع من غير غبن يتوقف
حتى لو اجازه الولي او هو بعد بلوغه جاز **فان قيل** نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان
اي ما لا يملكه كما نهى عن بيع المبيع قبل القبض وعن بيع الآبق ثم اذا باع المبيع قبل القبض او الآبق لا يجوز للنهي
الوارد فيه فكذا هذا بل اولى لان الآبق والمبيع ملكه ومع هذا لا يجوز بيعه فعند عدم الملك اولى **قلنا** كلامنا
في انعقاد العقد وبيع المبيع قبل القبض ينعقد عندنا وان كان فاسدا وكذا الآبق حتى لو سلمه بعد ذلك
صح فلا يلزمنا والمراد بما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ان يبيع شيئا لا يملكه ثم يشتريه
ويسلمه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل ليأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي
فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها فاسلمها له فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك رواه ابو داود واحمد
وانما شرط لصحة الاجازة بقاء المتعاقدين والمعقود له والمعقود عليه لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من
قيامه وذلك بقيام هذه الاشياء ولا يشترط بقاء الثمن الا اذا كان عرضا لان العرض يتعين بالتعيين فصار كالمبيع
يشترط بقاؤه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك
في يده سواء هلك بعد الاجازة او قبلها لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة
دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض فلا ترجع الحقوق اليه وكذا لا يشترط في النكاح
بقاء العاقد الفضولي عند الاجازة حتى لو اجازه بعد ما هلك العاقد جاز وهذا الذي ذكرنا من ان الثمن يكون
للمالك فيما اذا كان دينا وان كان عرضا معينا كان الثمن العرض للفضولي حلالا له واجازة المالك اجازة نقد

لا اجازة عقد لانه لما كان العوض متعينًا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر ان وجد
نفاذًا فيكون ملكا له واجازة المالك لا يتبدل به بل اثر اجازته في النقد لا في العقد ثم يجب على الفضولي
مثل المبيع ان كان مثليا او لا فقيمته لانه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضًا له في
ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض غير المثلي جائز ضمنا وان لم يجز قصدًا الا ترى
ان الرجل اذا تزوج امرأة على عبد الغير صح ويجب قيمته عليه لان النكاح على العبد مشروع فينفذ ومن
ضرورته تصير قرضا كذا هنا واعتبار جانب الشراء اولى من اعتبار جانب البيع لانه يوافق الاصل لنفاذ تصرف
العاقل عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف الاصل ولا يقال لو كان شراء لما ملكه الوكيل
بالبيع لانا نقول اطلاق الوكالة بالبيع ثمنا ولا البيع بالعرض الذي يجري على اطلاقه في غير موضع التهمة
ولو مات المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لعينه فلا ينتقل الى غيره
بخلاف الوصي او الاب اذا توقف على اجازتهما في مال الصغير ثم بلغ الصغير فانه ينتقل الى الابن لانه لم يتوقف
على اجازتهما لعينه وانما توقف لمصلحة الصبي وبخلاف ما اذا تزوجت امة بغير اذن مولاها وكان قد وطيها
ثم مات المولى حيث ينتقل الاجازة الى ابنه لان عدم الانتقال الى الوارث كان لمعنى وهو حدوث حل بات على موقوف
فابطله وقد عدم ذلك ههنا بوطي ابيه فلا يبطل حتى لو قد وقع في الشراء ايضا مثل ذلك بان باع امة المولى ممن حل
له وطيها والنكاح موقوف كان الحكم كذلك ولو اجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول
ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لوقوع الشك
في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك **قال** وصح عتق مشتر من غاصب باجازة بيعه لا بيعه معناه لو غصب
رجل عبدا وباعه فاعتقه المشتري فاجاز المالك البيع جاز عتقه ولو لم يعتقه المشتري ولكن باعه لم يجز
بيعه وهذا عندهما وقال محمد لا يجوز عتقه ايضا وهو القياس لانه لم يملكه وقد قال عليه السلام لا عتق فيما
لا يملك ابن آدم وهذا لان عقد الفضولي موقوف على ما بينا والموقوف لا يفيد الملك اذ لا نفاذ فيه وعند
الاجازة انما يثبت الملك بطريق الاستناد فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح شرطا للاعتاق ولان المصحح
للاعتاق ملك كامل لما روينا وهذا لانه عليه السلام ذكر فيه الملك مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل
ولهذا لو اعتقه الغاصب ثم ادى الضمان لا يصح العتق مع ان الملك الثابت له بالضمان اقوى من الملك الثابت
للمشتري حتى ينفذ بيع الغاصب اذا ادى الضمان ولا ينفذ بيع المشتري اذا اجاز المالك البيع الاول وكذا لو
اعتقه المشتري والخيار للبائع ثم اجاز البيع لا ينفذ عتقه وكذا اذا قبض المشتري من الغاصب ثم باعه ثم
اجاز المالك البيع الاول لم ينفذ البيع الثاني مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى صح بيع المكاتب والمأذون
له دون عتقهما وكذا لو باع الغاصب المغصوب ثم ادى الضمان نفذ بيعه ولو اعتقه ثم ادى الضمان لا ينفذ
عتقه لما ذكرنا وكذا لو باعه الغاصب فاعتقه المشتري منه ثم ادى الغاصب الضمان صح بيع الغاصب وبطل
عتقه لما بينا ولهما ان الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك بالوضع ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف
الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن فانه يتوقف وينفذ باجازة المرتهن
البيع وكاعتاق المشتري من الوارث والتركة مستغرقة بالدين فاجازت الغرماء البيع او اعتاق الوارث
عبدا من التركة وهي مستغرقة بالدين فقضى الدين وابرأ الغرماء منه فانه ينفذ عتقه وهذا لان العتق من

حقوق الملك والشيء اذا توقف يتوقف بحقوقه واذا انعقد نفذ بحقوقه بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان
الغصب لم يوضع لافادة الملك لكونه عدوانا محضا وانما يملك ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك
رجل واحد فلم يكن الغصب مثبتا للملك في الحال ولا سببا له ليتوقف هو ويتوقف العتق بتوقفه حكما له بل هو
سبب له ضرورة عند اداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق
والكلام فيه وشرط الخيار يمنع من انعقاده في حق الحكم اصلا فكان الملك فيه غير موجود لوجود الخيار المانع
فلم يصادف الاعتاق محله وهو الملك وههنا البيع مطلق والاصل في الاسباب المطلقة ان تعمل في حق الحكم بلا تراخ
والتراخي انما ثبت هنا ضرورة دفع الضرر ولا ضرورة في توقف الملك في الاعتاق فوجب القول بظهار السبب
في حقه ويعني بتوقف الملك انه موجود في حق الاحكام التي لا تضر المالك بها والمشتري من الغاصب اذا اعتق
ثم ملك المغصوب باداء الضمان لا ينفذ اعتاقه عند البعض لان ملك المشتري ثبت بناء على ملك الغاصب وملك
الغاصب لا يكفي لصحة الاعتاق فكذا ما ثبت بناء عليه والاصح انه ينفذ لان ملك المشتري ثبت مطلقا بسبب مطلق
وهو الشراء فاحتمل العتق عند الاجازة بخلاف الغاصب لانه ملكه بالغصب وهو سبب ضروري لا مطلق لما مر
فكان الملك فيه ناقصا والناقص لا يكفي للاعتاق ويكفي لجواز البيع الا ترى ان ملك المكاتب يكفي لجواز البيع
دون العتق وانما يبطل بيع المشتري من الغاصب عند اجازة المغصوب منه البيع الاول لانه بالاجازة يثبت للمشتري
الاول وهو البائع الثاني ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله لانه لا يتصور اجتماع الملك البات
والملك الموقوف في محل واحد ولا يقال لو كان هذا مانعا لما ثبت الملك الموقوف للمشتري من الفضولي لوجود
الملك البات فيه للمالك بل كان هذا اولى بالامتناع لان البات فيه موجود عند ثبوت الموقوف فاذا كان يرفعه
بعد ثبوته فالاولى ان يمنعه من الثبوت لان المنع اسهل من الرفع لانا نقول المنع او الرفع انما يجوز عند التعارض
ولا تعارض ثم لان الملك الموقوف لم يظهر في حق المالك وانما يظهر في حق المتعاقدين لان البيع قائم بهما واذا
اجاز المالك بيع الفضولي فالملك البات يثبت للفضولي والملك ظاهر في حقه لان الفضولي عاقد فوقع التعارض
فيرفع البات الموقوف ولا يقال ان الغاصب اذا ادى ضمان المغصوب بعد ما باعه ينفذ بيعه وقد طرأ على الملك
الموقوف الملك البات وهو ملك الغاصب ثابت ضرورة اذ ليس الغصب سببا موضوعا للملك فلا يجعل ثابتا في
حق البيع فيه ضرورة فلا يظهر في ابطال الموقوف وحاصل الخلاف راجع الى ان عند محمد بيع الفضولي لا ينعقد في
حق الحكم لانعدام الولاية فكان الاعتاق حاصلا في ملك الغير وعندهما ينعقد في حق الحكم ويوجب الملك على
سبيل التوقف لان الاصل في البيع المنعقد تعجيل الحكم والتراخي لاجل ثبوت الاجازة لدفع الضرر ولا ضرر في [illegible]
ولا في ثبوت الملك على وجه لا يظهر اثره في التصرفات الضارة **قال** ولو قطعت يده عند المشتري فاجيز
فارشه لمشتريه اي لو قطعت يده بعد ما باعه الفضولي ثم اجاز المالك البيع يكون ارش اليد للمشتري لان الملك ثبت
له من وقت الشراء فتبين ان القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من المبيع من كسب او ولد او عقر قبل الاجازة
فهو للمشتري لما ذكرنا وهو حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الزوائد كالمكاتب اذا قطعت يده
فاخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد العبد والخيار للبائع فاجاز البيع يكون الارش
للمشتري لما ذكرنا من استناد ملكه بخلاف الاعتاق لانه يفتقر الى الملك الكامل ومع الخيار للبائع لا يثبت
الملك للمشتري وبخلاف ما اذا غصب عبدا فقطعت يده عنده ثم ضمن قيمته حيث لا يكون الارش له لان الغصب

الموقوف فيه

شر

بثمن بسبب موضوع للملك وانما يثبت الملك له ضرورة على ما بينا فلا يظهر في حق استحقاق الزوائد **قال** ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ولانه ان كان قبل القبض لم يدخل في ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن ويطيب له قدر نصف الثمن لان ارش اليد قائم مقام نصف الثمن وهذا لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه ما هو كان بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك لان الملك لا يثبت له يوم قطع اليد حقيقة **قال** ولو باع عبد غيره بغير امره فبرهن المشتري على اقرار البائع او رب العبد انه لم يأمره بالبيع واراد رد العبد لم يقبل لبطلان دعواه بالتناقض اذ اقدامهما على العقد وبما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال العاقل المسلم مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة لا تنبني الا على دعوى صحيحة فاذا بطلت الدعوى لا تقبل وهذا يشكل بما ذكر في الزيادات ان المبيع اذا ادعاه رجل فصدقه المشتري في دعواه فاخذه المستحق باقرار ثم اقام المشتري البينة على اقرار البائع بان العبد للمستحق يريد بذلك ان يثبت له حق الرجوع بالثمن تقبل بينته وفرقوا بينهما بان العبد في يد المشتري في المسألة الاولى وفي مسألة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا تكون العين سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع في مسألة الكتاب ورجع في الزيادات وقيل اختلف الجواب لاختلاف الوضع لموضوع ما ذكرهنا فيما اذا اقام البينة على ان البائع اقر قبل البيع بان المبيع للمستحق واقدامه على الشراء اعتراف بذلك فيكون متناقضا فلا تقبل بينته وموضوع ما ذكر في الزيادات فيما اذا اقام البينة على ان البائع اقر بعد البيع انه للمستحق فلا يصير متناقضا فتقبل بينته ولو اقر البائع في مسألة الكتاب عند القاضي بان رب العبد لم يأمره بالبيع بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشتري ان يساعده فيه فيتحقق الاتفاق بينهما فينقض في حقهما لا في حق رب العبد ان كذبهما وادعى انه كان امره فاذا لم ينفسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له ان يطالب المشتري لانه يرى بالتصادق وعند ابي يوسف له ان يطالبه فاذا ادى يرجع به على البائع وهذا بناء على ان ابراء الوكيل المشتري عن الثمن صحيح عندهما ويضمن الوكيل وعنده لا يصح ولو كان بالعكس بان انكر المالك التوكيل وتصادقا انه وكله فان اقام الوكيل البينة لزمه والا استحلف المالك فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه لان النكول اقرار او بدل ولو غاب المالك بعد الانكار وطلب البائع الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما لانه ثبت عند القاضي ان البيع كان موقوفا فان طلب المشتري تأخير الفسخ ليحلف المالك على انه لم يأمره لم يؤخر لان سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تأخيره لاجل اليمين فلو حضر المالك وحلف اخذ العبد وان نكل عاد البيع ولو كان المالك حاضرا وغاب المشتري لم يأخذ العبد لان البيع صح ظاهرا فلا يصح القضاء على الغائب بفسخه وللبائع ان يحلفه بالله انه ما امره ببيعه فان نكل ثبت امره وان حلف ضمن البائع ويعد بيعه كالغاصب اذا باع المغصوب ثم ملكه باداء الضمان ولو مات المالك قبل حضوره فورثه البائع واقام بينة على اقرار المالك بانه لم يأمره لم تقبل لما بينا من التناقض ولو اقامها على اقرار مشتريه بذلك بعد موته تقبل بخلاف ما اذا اقامها على هذا الوجه حال حياة المالك فانها لا تقبل لانه في حال حياته اصالة فيمتنع بالتناقض وبعد موته نائب عن الميت والميت لو ادعى بنفسه حال حياته لا يكون متناقضا فكذا نائبه ولو ورثه البائع وغيره فان ادعى غيره جحود المالك

يسمع لانه لم يسبق منه ما يجعله متناقضا بخلاف شريكه البائع حيث يكون متناقضا وللمشتري ان يحلفه بالله ما تعلم ان المولى امره ببيعه فان نكل ثبت الامر وان حلف اخذ نصف العبد ورجع المشتري على البائع بنصف الثمن وخير في النصف الآخر لتفرق الصفقة عليه هذا اذا اقر المشتري بان العبد ملك الآمر ولو انكر لغا قول الآمر حتى يقيم البينة على ملكه ولغا توكيل بائعه في خصومته كيلا يصير البائع ساعيا في نقض ما اوجبه **قال** ومن باع دار غيره فادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع ومعنى المسألة اذا باع دار غيره بغير اذنه ثم اعترف البائع بالغصب وانكر المشتري لم يضمن البائع الدار لان اقرار البائع لا يصدق على المشتري ولا بد من اقامة البينة حتى يأخذها فاذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافا الى عجزه عن اقامة البينة لا الى عقد البائع لان الغاصب لا يضمنه فعلى هذا العقد يعلم ان قوله وادخلها المشتري في بنائه وقع اتفاقا اذ لا تأثير للادخال في البناء في ذلك

باب السلم

وهو معنى السلف لغة فانه اخذ عاجل باجل وسمي هذا العقد به لكونه معجلا على وقته فان اوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد والسلم يكون عادة بما ليس بموجود في ملكه فيكون العقد معجلا وينعقد بلفظ السلم ولا ينعقد بلفظ البيع في رواية المجرد لانه ورد لفظ السلم على خلاف القياس فلا يجوز بغيره وفي رواية الحسن ينعقد وهو الاصح لانه بيع الا ترى الى ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة قال ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله تعالى احل السلم المؤجل وانزل فيه اطول آية وتلى قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه وقد روينا انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس يأبى جوازه لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك او مملوك غير مقدور التسليم لا يجوز فبيع المعدوم اولى ان لا يجوز ولكن تركناه بما ذكرنا **قال** رحمه الله ما امكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وقد قال صلى الله عليه وسلم من اسلم في تمر فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم رواه مسلم والبخاري والضبط يكون بمعرفة القدر وقد شرطه عليه السلام **قال** وما لا فلا اي ما لا ينضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وهو لا يعرف الا بالوصف فاذا لم يمكن ضبطه به يكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة فلا يجوز كسائر الديون **قال** فيصح في المكيل والموزون المثمن لما ذكرنا من المعنى واحترز بقوله المثمن من الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه مثمن حتى لو اسلم فيهما لا يصح سلما لان السلم تعجيل الثمن وتأجيل المبيع ولو جاز فيه لانعكس فاذا لم يصح سلما يكون باطلا عند عيسى بن ابان وقال الاعمش يكون بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني وقول عيسى اصح لان المعقود عليه في السلم المسلم فيه وانما يصح العقد في محل اوجبا العقد فيه وذلك غير ممكن ولا وجه الى تصحيحه في محل آخر لانهما لم يوجبا العقد فيه وهذا الخلاف فيما اذا اسلم فيهما غير الاثمان واما اذا اسلم الاثمان فيهما كالدراهم في الدنانير او بالعكس فلا يجوز بالاجماع لما عرف ان القدر بانفراده يحرم النساء ولو اسلم في المكيل وزنا كما اذا اسلم في الحنطة والشعير بالميزان روى الطحاوي عن اصحابنا انه يجوز لان الكيل والوزن انما يشترط ليصير معلوم القدر ولا يتقي الربا لانه لا يقابل بجنسه لان المؤدى عين الواجب حكما في باب السلم فيكون بدلا عن راس المال ولا ربا بينهما وروى الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لان المسلم فيه دين في الذمة والمؤدى عين والعين غير الدين حقيقة فيكون المؤدى بدلا عن الواجب في الذمة حقيقة وان كان عينه حكما فيكون مشتريا الحنطة

بالحنطة فلا يجوز الا كيلاً وعلى هذا الخلاف لو اسلم في الموزون كيلا قال والعدديات المتقاربة كالجوز
والبيض لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم فاشبه المكيل والموزون ويستوي فيه الكبير والصغير
لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت ولهذا تستوي قيمتهما فصار كالمزروعات والامثال بخلاف
البطيخ والرمان لان آحادهما متفاوتة ولهذا اختلف في القيمة وبها عرفنا التفاوت والتساوي وعن ابي حنيفة
انه لا يجوز في بيض النعامة لتفاوت آحاده في المالية ويجوز السلم في هذه الاشياء كيلا ايضا وقال زفر رحمه الله
لا يصح كيلا لانه عددي ليس بمكيل فلا يصح اذ المعتبر فيما لا نص فيه العادة وعنه انه لا يصح عددا ايضا لانه
يؤدي الى النزاع في التسليم والتسلم بسبب التفاوت وان كان يسيرا فصار كالسفرجل والقثاء ولنا
ان المقدار يعرف بالكيل تارة وبالعد اخرى فينقطع المنازعة بينهما بذكر احدهما ايهما كان اذا ان يعرف قدره
بها قال والفلوس لانه عددي يمكن ضبطه فيصح السلم فيه وقيل عند محمد لا يجوز السلم فيه لانه ثمن ما دام
رائجا والمسلم فيه مبيع ولا يصح فيه كالنقدين واذا كسد صار قطعة نحاس فلا يجوز السلم فيه عددا ولنا ما ذكرنا
انه يمكن ضبطه به فيصح كسائر المعدودات وهذه المسألة مبنية على ان اصطلاح الناس على الثمنية لا يبطل
باصطلاحهما عنده وعندهما يبطل على ما ذكرنا في بيع الفلس بالفلسين وذكرنا الفرق هناك بين الفلوس والعد
قال واللبن والآجر اذا سمي ملبن معلوم لان آحادهما لا تختلف اختلافا يفضي الى المنازعة بعد ذكر الآلة
قال رحمه الله والمذروع كالثوب ان بين الذراع والصفة والصنعة لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء
فلا يؤدي الى النزاع وان كان ثوب حرير يباع بالوزن لابد من بيان وزنه مع ذلك لانه يصير معلوما به قال
لا في الحيوان وقال الشافعي يجوز السلم فيه اذا بين الجنس والسن والنوع والصفة لما روي انه عليه السلام
استقرض بكرا ورد رباعيا ولان بعد ما ذكرنا من الاوصاف الجهالة تقل فلا تفضي الى المنازعة كما في الثياب
ولنا ما روي انه عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ولانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا بحيث لا يمكن
ضبطه الا ترى ان العبدين يستويان في الجنس والسن ويتفاوت قيمتهما لاختلاف المعاني الباطنة كالكتابة
وحسن الخلق والخلق والسيرة والفصاحة والامانة والشدة قال قائلهم * الا فرد يعد بالالف زائدا
والف تراهم لا يساوون واحدا * وكذا سائر الحيوان يختلف اختلافا يؤدي الى اختلاف المالية فلا يجوز
السلم فيه كما في اللآلئ والجواهر بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد والعبد انما يصنع بآلة فاذا اتحد الآلة
والصانع يتحد المصنوع والتفاوت اليسير بعده لا يعتبر وما روي انه عليه السلام استقرض [illegible] فالمراد
انه عليه السلام استقرض الصدقة ثم لم يجب الزكاة على صاحبها وردها رباعيا او استقرض لبيت المال فانه
يجوز ان يستحق مجهولا على بيت المال كما يجب له حق مجهول وما روي انه عليه السلام استقرض بعيرا ببعيرين
الى اجل كان قبل نزول آية الربا لان الجنس بانفراده يحرم النساء او كان ذلك في دار الحرب اذ لا يجري
الربا بين المسلم والحربي على ما بينا من قبل ويدخل فيه جميع انواع الحيوانات حتى العصافير لان النقل لم يفصل
قال واطرافه يعني لا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤوس والاكارع للتفاوت الفاحش وعدم
الضابط ثم قيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما يجوز كما في اللحم وقيل لا يجوز بالاتفاق والفرق لهما بينه وبين
اللحم ان المسلم فيه هو اللحم دون العظم والعظم في الرؤوس وفي الاكارع اكثر من اللحم او مساو له فلا يمكن
ان يجعل تبعا للحم فيبقى معتبرا ولا يدري مقدار ما يقصد من المسلم فيه وهو اللحم مجهولا واما العظم الذي في اللحم

بيانه

ربّه

في دار الحرب

قليل فامكن جعله تبعا للحم لقلته كما في عظم الالية ولو اسلم فيه وزنا اختلفوا فيه قال والجلود عددا
اي لا يجوز السلم فيه وهو الجلد مجهولا وكذا في الورق لا يجوز للتفاوت الفاحش فيهما الا ان يبين فيهما ضربا
معلوما طولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداءة فحينئذ يجوز السلم فيهما لامكان ضبطهما وكذا
اذا كانا يباعان وزنا يجوز السلم فيهما بالوزن قال والحطب حزما والرطبة جرزا لانه مجهول لا يعرف طوله
وغلظه حتى لو عرف ذلك بان يبين الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي
الى النزاع جاز قال والجوهر والخرز لان آحادها متفاوتة تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع
وزنا يجوز السلم فيها بالوزن لانه مما يباع بالوزن فامكن معرفة قدره به قال والمنقطع اي لا يجوز
السلم في الشيء المنقطع لان شرط جوازه ان يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد
موجودا عند المحل او بالعكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وحد الانقطاع ان لا يوجد في الاسواق وان كان في
البيوت وقال الشافعي يجوز في المنقطع اذا كان موجودا عند المحل لوجود القدرة عند وجوبه ولا معنى لاشتراطه
قبل ذلك ولنا ما روي عن انس رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي قالوا وما تزهي
قال تحمر وقال اذا منع الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه رواه مسلم والبخاري وعن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع رواه البخاري ومسلم وجماعة اخرى وفي لفظ حتى
تأمن من العاهة وهذا نص على انه لا يجوز في المنقطع في الحال اذ الحديث ورد في السلم لان بيع الثمار
بشرط القطع جائز لا يمنع احد بيع مال معين منتفع به في الحال او في المآل وقوله عليه السلام فبم يستحل احدكم
مال اخيه وهو رأس مال السلم يدل عليه لان الاحتمال بطلانه لان البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا يؤثر في المنع من البيع
ولان القدرة على التسليم حال وجوبه شرط الجواز وفي كل وقت بعد العقد يحتمل وجوبه بموت المسلم اليه لان الدين
يحل بموت من عليه الدين فيشترط دوام وجوده لتدوم القدرة على التسليم لا يجوز ان على خلاف القياس فيجب الاحتراز
فيه عن كل خطر يمكن وقوعه لان المحتمل في باب السلم كالواقع ولان القدرة على التسليم بالتحصيل في المدة فلا بد من استمرار
الوجود فيها ليتمكن من التحصيل ولو انقطع عن ايدي الناس بعد المحل قبل ان يوفي المسلم فيه فرب السلم بالخيار ان شاء
فسخ العقد واخذ رأس ماله وان شاء انتظر وجوده وقال زفر يبطل العقد ويسترد رأس ماله للعجز عن تسليمه كما
اذا هلك المبيع قبل القبض ولنا ان السلم قد صح وتعذر تسليم المعقود عليه بعارض على شرف الزوال فيخير فيه كما
اذا ابق العبد المبيع قبل القبض بخلاف هلاك المبيع قبل القبض لانه قد فات لا الى خلف وبخلاف ما اذا اشترى
بالفلوس شيئا وكسدت حيث يبطل البيع لانها تفوت اصلا ولا يرجى عودها ولو رجي لا يعلم متى يروج بخلاف ما نحن
فيه فان لادراك الثمر والقدرة على التسليم اوانا معلوما فيخير قال والسمك الطري اي لا يجوز السلم في السمك
الطري لانه ينقطع عن ايدي الناس في الشتاء لانجماد المياه حتى لو كان في بلد لا ينقطع فيه السمك او اسلم فيه في حينه جاز
وزنا لا عددا وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في الكبار التي تقطع كالسلم في اللحم لاختلاف الناس في نزع عظمها واختلاف
رغباتهم في مواضعها قال وصح وزنا لو مالحا اي ان كان السمك مالحا جاز السلم فيه وزنا لا عددا لان
المالح منه وهو القديد لا ينقطع عن ايدي الناس وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه
وذكر في النهاية معزيا الى الايضاح ان الصحيح في الصغار منه يجوز وزنا وكيلا وفي الكبار روايتان قال
واللحم اي يجوز السلم في اللحم وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجوز ان بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه

وصفته وقدره كشاة خصي ثني سمين من الجنب او الفخذ مائة رطل لانه موزون مضبوط الوصف وله نظير
بالمثل عند الاتلاف ويصح استقراضه وزنا وهو الاصح الا في خد وانما لا يجري فيه ربا الفضل بعلة
الوزن فصار كالالية والشحم والبطن بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر على وصف موضع منه وتضمنه غير مقصود وهو
العظم لا يمنع الجواز كتضمن التمر والمشمش والخوخ النوى وكتضمن الالية العظم ولابي حنيفة ان اللحم يختلف باختلاف
صفته من سمن وهزال ويختلف باختلاف فصول السنة فما يعد سمينا في الشتاء يعد مهزولا في الصيف ولانه يتضمن
عظاما غير معلومة ويجري فيه المماكسة فالمشتري يامره بالنزع والبائع يدسه فيه وهذا النوع من الجهالة
والمنازعة لا يرتفع ببيان الموضع وذكر الوزن فصار كالسلم في الحيوان بخلاف النوى في الثمار والعظم في الالية
فانه معلوم ولهذا لا يجري فيه المماكسة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الاول وهو الاصح لان الحكم اذا علل
بعلتين لا ينتفي الحكم بانتفاء احدهما لما عرف في موضعه والتضمين بالمثل ممنوع فانه مرخ وانما القيمة في رواية بيوع
الجامع وكذا لا يجوز استقراضه ولئن سلم فيهما فهو معاين عند الاتلاف والاستقراض فيمكن ضبطه بالمشاهدة
بخلاف الموصوف في الذمة وقيل الاختلاف بجواب ابي حنيفة فيما اذا اطلق السلم في اللحم وهما لا يجوزانه فيه وجوابهما
فيما اذا بين موضعا منه معلوما وهو يجوزه فيه والاصح ان الخلاف فيه ثابت قال ومكيال او ذراع لم يدر
قدره اي لا يجوز السلم بذراع معين او بمكيال معين لا يعرف قدره لانه يحتمل ان يضيع فيؤدي الى النزاع بخلاف
البيع به حالا حيث يجوز لان التسليم فيه يجب في الحال فلا يتوهم فوته وفي السلم يتاخر التسليم فيخاف فوته وقد
ذكرناه في اول البيوع وفي الهداية ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وان كان مما ينكبس
بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن ابي يوسف وهذا لا يستقيم في
السلم لانه ان كان لا يعرف قدره فلا يجوز السلم به كيف ما كان لما ذكرنا وان كان يعرف قدره فالتقدير به لبيان
القدر لا لتعينه فكيف يتاتى فيه الفرق بين المنكبس وغير المنكبس والتجويز في قرب الماء وانما يستقيم التفصيل في
البيع اذا كان يجب تسليمه في الحال حيث يجوز بما لا يعرف قدره ويشترط ذلك الا ان لا ينكبس ولا ينبسط وقد
فيه استثناء قرب الماء قال وبر قرية وتمر نخلة بعينه اي لا يجوز السلم فيهما لاحتمال ان يعتريهما افة فلا
يقدر على تسليمهما واليه اشار عليه السلام بقوله اذا منع الله الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة
لبيان النوع بان كان له نظير فلا باس به وكذا اذا نسبه الى اقليم لا يتوهم انقطاعه كالشام والعراق قال
وشرطه بيان الجنس والنوع والصفة والقدر والاجل كقوله حنطة سقية جيدة عشرة اكرار الى شهر لان الجهالة
منتفية بهذه الاشياء وقال الشافعي الاجل ليس بشرط الجواز لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان
ورخص في السلم مطلقا واشتراطه الاجل فيه زيادة على النص ولانه بيع ما في الذمة فيصح حالا كالمعين والمعنى فيه
انه معاوضة مال بمال مكروه فيه الاجل جاز تركه فيها لا شرط كغيره من انواع البيوع والاجارات ولان الظاهر
ان العاقل لا يلتزم ما لا يقدر عليه وكان قادرا على تسليمه ظاهرا وذلك يكفي لجواز العقد ولو لم يكن قادرا
على التسليم كان قادرا بما دخل في ملكه من راس المال بواسطة التحصيل به ولهذا اوجبنا تسليم راس المال على رب السلم
اولا قبل قبض المسلم فيه بخلاف الكتابة على اصله فانه يخرج من يد مولاه غير مالك لشيء ولا يقدر على الاداء في الحال فيشترط
فيها التاجيل ليتمكن من التحصيل ولنا قوله عليه السلام من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم
شرط فيه اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر وهذا لان المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة كالصلاة شرعت

فلهذا لا رخصة الا للعادم

بوضوء فلا يوجد دونه والظهر شرع مقبوضا فلا يوجد دونه وهو نظير من قال من دخل داري فليدخل غاض البصر
لا يجوز له ان يدخلها الا وهو كذلك وتحرير المراد ان يصلي فليتوضأ وما رواه حكاية حال فلا عموم لها لاحتمال
ان يكون المرخص هو المؤجل ولان القدرة على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد فيما هو سبب القدرة وهو الاجل
الذي يتمكن من تحصيله يكون شرطا ضرورة وهذا لان الواجب في الاصل هو تعيين المعقود عليه ليكون قادرا على تسليمه
بابلغ الجهات حتى اذا كان لا يقدر على تسليمه مع تعينه كالابق ونحوه لا يجوز بيعه فعلم بذلك ان البيع من غير تعيين
المبيع او عند عدم القدرة على التسليم حرام وانما اجيز في السلم من غير تعيين المبيع رخصة لاجل المفاليس لما روينا
والرخصة اسم لما استبيح مع قيام الدليل المحرم والحرمة لعذر تيسيرا على العباد والعذر هنا هو العجز عن التسليم
لعسرته والعجز بسبب العدم لا يرتفع الا بالتملك والامهال الى زمان التحصيل او الحصاد فاسقط التعيين لحاجة
المفاليس وعوض الاجل ليقوم القدرة على التحصيل مقام القدرة على التسليم حقيقة بخلاف الكتابة لان البدل فيها
معقود به لا معقود عليه والشرط ان يقدر على تسليم المعقود عليه لانه كالثمن حتى جاز استبداله قبل القبض والتعيين
فلا يجب تعيينه حتى يقام الاجل مقام التعيين ولا يدخله رخصة لان عدمه اصل وليس بعارض للعذر ولان الكتابة
عقد ارفاق فيصبر عليه المولى ظاهرا ولا يضيق عليه بالمطالبة بالبدل اذ لو اراد التضييق عليه لما كاتبه اصلا
اذ العبد وكسبه له واما السلم فعقد تجارة وهو مبني على المماكسة والمضايقة فالظاهر انه يطالبه به عقيب
العقد وهو عاجز عن تسليمه فيؤخر بالتاجيل ليتمكن من التحصيل ولا يكون له عليه سبيل والا لزم ان يكون العوضان
فيه يجب تسليمهما في المجلس لعبرة من الباعات ولا يمكنه من التحصيل بالمطالبة والحبس وهذا ينافي معنى الرخصة
لاجل الفقر والمسكنة وما كان شرعيته الا نفعا لهم فانقلب ضررا عليهم ولا يقال لو كان مشروعا لدفع حاجة المفاليس
لما جاز لغير المفاليس لانا نقول الشيء في السلم لا يباع عادة الا باقل ولا يقدم على مثله الا المحتاج فدل اقدامه على هذا
البيع على انه محتاج فاقيم ذلك مقام الحاجة لتعذر الوقوف عليها وشرط ان يكون الاجل معلوما لما روينا ولانه اذا
لم يكن معلوما يفضي الى المنازعة قال واقله شهر اي اقل الاجل شهر روى ذلك عن محمد لان ما دونه عاجل
والشهر وما فوقه اجل الا ترى ان المدين اذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا
كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلثة ايام رواه الطحاوي عن اصحابنا
اعتبارا بشرط الخيار وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتاخر قبضه عن
المجلس ولا يبقى المجلس بينهما عادة اكثر من نصف يوم وعن الكرخي انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في
التاجيل في مثله فان اجل فيه قدر ما يؤجل الناس في مثله جاز والا فلا والاول اصح وبه يفتى قال وقدر راس
المال في المكيل والموزون والمعدود اي شرطه بيان قدر راس المال اذا كان العقد يتعلق على مقداره مثل
المكيل والموزون والمعدود وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يحتاج الى بيان قدر راس المال اذا كان معينا لانه
صار معلوما بالاشارة فلا يشترط اعلام قدره كما في الثمن والاجرة والمذروعات والمعنى فيه ان معرفة العوض
انما اشترط احترازا عن المنازعة وجهالة قدره بعد التعيين بالاشارة لا تفضي الى المنازعة كجهالة القيمة
فلا يشترط معرفته كما لا يشترط معرفة القيمة ولابي حنيفة رحمه الله ان جهالة قدر راس المال قد تفضي الى جهالة
المسلم فيه بان ينفق بعضه ثم يجد بالباقي عيبا فيرده ولا يتفق له الاستبدال في مجلس الرد فينفسخ العقد في المردود
ويبقى في غيره ولا يدرى قدر ما بقي العقد بحسابه فيفضي الى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله وان كان

موهوما ألا يرى أنه لا يجوز بكيل بعينه أو بوزن بعينه لم يعرف مقداره لتوهم هلاكه ولأنه ربما يعجز عن تسليم
المسلم فيه فيحتاج إلى فسخ العقد بعدما أنفق رأس المال فيحتاج إليه ولا يدري كم يرد فيفضي إلى المنازعة أو إلى
الربا فيجب التحرز عن مثله وهو موهوم لشبهه مع المنافي إذ هو بيع المعدوم ألا يرى أنه عليه السلام قال إذا منع الله الثمرة
بم يستحل مال أخيه بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبا لأن الذرع وصف فيه فلا يقسم الثمن عليه ولا يتعلق العقد به
على ما بينا من قبل وجهالته لا تؤدي إلى جهالة المسلم فيه ومن فروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال أحدهما بأن
أسلم مائة درهم في كر حنطة وكر شعير ولم يبين حصة واحد منهما من رأس المال لأنه ينقسم عليهما باعتبار القيمة
وهي تعرف بالحزر فلا يكون معلوما أو أسلم جنسين ولم يبين قدر أحدهما بأن أسلم دراهم ودنانير في قدر معلوم
من البر فبين قدر أحدهما ولم يبين الآخر لأن رأس المال لا يكون معلوما بمعرفة بعضه إذا لم يعلم به ما يخصه من
المسلم فيه والمراد بالمعدود هنا ما لا يتفاوت آحاده لأنه حينئذ يتعلق العقد بقدره لأنه من المقدرات **قال**
ومكان الإيفاء فيما له حمل ومؤنة وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يشترط ويوفيه في موضع العقد لأن التسليم حين
العقد تعين لموضع وجوده كما في البيع ولهذا وجب تسليم رأس المال في ذلك المكان فكذا البدل الآخر إذ العقد
يوجب المساواة لأنه السبب الموجب للأحكام المتعلقة به والتسليم من جملتها فيتعين له موضع وجوده ولأنه
ما لم يعين له مكانا آخر بالنص يتعين له ذلك المكان لأنه يتوفق الدلالة بخلاف البيع حيث يبطل باشتراط تسليم
المبيع في غير موضع العقد لأن المشتري يملك المبيع بالعقد فاشتراط النقل على البائع شرط فاسد إذ العقد لا
يقتضيه أو يكون إجارة في بيع فيكون صفقة في صفقة للنهي المعروف عن صفقة في صفقة ورب السلم لا يملك المسلم فيه قبل
التسليم فاشتراطه لا يكون اشتراط العمل في ملكه بل في ملك البائع وذلك غير مفسد ولأنه لا مزاحم له مكان آخر
فيتعين ضرورة كأول أوقات الإمكان في الأوامر المطلقة وصار كالقرض والغصب والإتلاف ولأبي حنيفة أن
تعين مكان العقد إما بالتعيين صريحا أو ضرورة وجوب التسليم عليه في الحال ولم يوجد إذ السلم لا يجوز إلا مؤجلا
فكون التسليم متأخرا ضرورة بخلاف البيع والإتلاف والقرض والغصب لأنه واجب التسليم في الحال فيتعين
موضع وجود السبب ضرورة ولأنه لو تعين مكان العقد لما جاز تغييره بالشرط كمكان المبيع في بيع العين
وكتعين مكان العقد فيما إذا عقد في لجة البحر وفساده لا يخفى فإذا لم يتعين تعين صار مكانا آخر مجهولا جهالة
فاحشة تؤدي إلى المنازعة فيفسد كاختلاف الصفقة لأن قيمة ما له حمل ومؤنة تختلف باختلاف الأماكن كما
تختلف باختلاف الصفة ألا يرى أن الحطب في المدن أغلى منه في القرى ولهذا قيل إن الاختلاف في بيان مكان الإيفاء
يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الصفة وقيل على عكسه لأن تعين المكان قضية العقد عندهما حتى لا يحتاج
فيه إلى ذكره فكان اختلافا في موجب العقد فيتحالفان كما لو اختلفا في البدل وعنده قضية الشرط حتى احتيج فيه إلى ذكره
فصار كالاختلاف في شرط الخيار والأجل وعلى هذا الاختلاف الثمن والأجرة والقسمة إذا كان لها حمل
ومؤنة ويتحقق في الثمن في الذمة مؤجلة بأن اشترى شيئا أو استأجره بحنطة في الذمة موصوفة أو اقتسما شيئا وجعلا
لأحدهما حملا موصوفا في الذمة إلى أجل فعنده يشترط بيان مكان الإيفاء في الصحيح حتى يفسد إذا لم يبين وعندهما
لا يشترط فيسلم في مكان البيع ومكان تسليم العين المستأجرة وفي موضع القسمة ثم إذا عين مصرا جاز لأنه مع
تباين أطرافه كبقعة واحدة في حق هذا الحكم لأن قيمته لا تختلف باختلاف المحلة من مصر واحد ولهذا لو
استأجر دابة ليحمل عليها بالمصر فله أن يحمل عليها في أي مكان كان وكذا لو دفع ماله إلى رجل مضاربة ليعمل

في

في المصر فله أن يعمل في أي مكان وقيل هذا إذا لم يكن المصر عظيما فإن كان عظيما يبلغ بين نواحيه فرسخا لا يجوز
ما لم يبين ناحية منه لأن جهالته مفضية إلى المنازعة ولو شرط أن يوفيه في منزله جاز استحسانا والقياس
أن لا يجوز لأن المنزل مجهول وقد يتبدل ولا يعلم **وجه** الاستحسان أنه يراد به المنزل حال حلول الأجل
عادة والظاهر بقاؤه في منزله إليه ولو شرط الحمل إلى منزله قيل يجوز لأنه اشتراط الإيفاء فيه وقيل لا يجوز لأن
الحمل لا يقتضيه العقد وإنما يقتضي الإيفاء وهو يتصور بدون الحمل فيكون اشتراطه مفسدا ولو شرط أن يوفيه
في موضع ثم يحمله إلى منزله لا يجوز لأنه يملكه بالإيفاء ثم اشتراط الحمل يكون إجارة في بيع فلا يجوز **قال**
وما لا حمل له يوفيه حيث شاء وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة سواء بين مكان الإيفاء أو لم يبين لأن قيمته
لا تختلف باختلاف الأماكن فلا يفيد تعيينه فيلغو وقيل إن لم يشترط فيه مكان الإيفاء يتعين موضع العقد عنده
وهو الأظهر من قولهما لأنه موضع الالتزام وهو رواية الجامع الصغير والبيوع وإن عين ذلك لأنه قد يتعذر
خطر الطريق فيعتبر فائدته إن فيما لا حمل له ولا مؤنة كالمسك والزعفران وما أشبههما لا يحتاج فيه إلى
تعيين مكان الإيفاء بالإجماع وإن اختلفت الروايات فيه في التخريج في أي مكان يجب تسليمه على ما بينا **قال**
وقبض رأس المال قبل الافتراق أي شرط جواز السلم قبض رأس المال قبل أن يفترقا والمراد شرط بقائه على
الصحة لأنه ينعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض وإنما شرط قبضه قبل الافتراق لأن السلم ينبئ عن أخذ عاجل
بآجل وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما في الحوالة والكفالة والصرف
ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مما يتعين أو لا لما ذكرنا ولأنه فيما لا يتعين يلزم الافتراق عن دين بدين
وهو منهي عنه ولأنه لا بد من تسليمه إليه ليتصرف فيه فيقدر على تسليم المسلم فيه ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط
الخيار فيه لأنه يمنع تمام القبض إذ القبض لا يتم إلا إذا كان مبنيا على الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك
لأنه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع تمام القبض والافتراق قبل تمامه مبطل للعقد وكذا لا يثبت في
المسلم فيه خيار الرؤية لأنه غير مفيد لأنه دين في الذمة فإن ما رده عليه بخيار الرؤية أعطاه غيره لكونه
لا يتعين ولا يثبت بخلاف خيار العيب في رأس المال وخيار الرؤية فيه حيث يثبتان فيه إذا كان مما يتعين بالتعيين
لأنهما لا يمنعان الفسخ بالرد ولأن خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بالقبض بخلاف الاستحقاق لأن الاستحقاق
لا يمنع تمام القبض حتى لو أجاز المالك العقد بعد الافتراق بعد القبض جاز لأن السبب فيه مطلق وامتناع
الحكم فيه ليس بمقتضى السبب بل لحق المالك فإذا أجاز التحقت الإجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط لأنه
يمنع انعقاده في حق الحكم وهو فوق الافتراق قبل القبض فيكون مبطلا ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق
جاز إذا كان رأس المال قائما عند إسقاط الخيار والأول لأن الإتمام معتبر بالابتداء وفيه خلاف زفر وهو
مبني على قاعدته أن العقد متى وقع فاسدا لا يعود صحيحا عنده على ما بينا من قبل وجملة الشروط جمعوها في
قولهم إعلام رأس المال وتعجيله وإعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله ويدخل
تحت قوله إعلام رأس المال إعلام جنسه ونوعه وصفته وقدره وكذا في المسلم فيه والمراد بالقدرة على تحصيله
أن يكون موجودا من حين العقد إلى حين المحل **قال** رحمه الله فإن أسلم مائتي درهم في كر بر مائة دين عليه ومائة
نقدا فالسلم في الدين باطل أي في حصة الدين لأنه دين بدين وصح في حصة النقد لوجود قبض رأس المال في المجلس
بقدره ولا يشيع الفساد لأنه طارئ إذ السلم وقع صحيحا في الكل ولهذا لو نقد ما بقي قبل الافتراق صح لأن الدين

لا تتعين في العقد لكنه يبطل بالافتراق قبل نقد المائة الاخرى فلا يشيع البطلان لطاريه كما اذا باع عبدين فهلك احدهما قبل القبض يبطل العقد فيه دون الاخر لما قلنا بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد فباعهما حيث بطل فيهما لان البطلان فيه مقارن فيكون في العبد شائعا بالحصة ابتدا فلا يجوز لجهالة ثمنه ولان العقد الواحد لا يمكن وصفه بالصحة والبطلان ولا فرق في ذلك بين ان نصف المائتين ما ذكر في الكتاب او يضيف الى ما بين مطلقا ثم يجعل المائة من راس المال قصاصا بما في ذمته من الدين في الصحيح لان المعنى يجمعهما وهو كون الفساد طاريا اذ الدين باضافة العقد اليه الا يرى انه لو باع عبدا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع ولو تعين لبطل بخلاف ما لو تبايعا عينا بدين وهما الا دين حيث يبطل البيع لانه بيع بلا ثمن ولا يقال لو كان اسلمت اليك هذه المائة والمائة التي لي على فلان يبطل العقد في الكل وان نقد الكل لانا نقول اشترط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وفساده مقارن للعقد فيتعدى بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولو كان العين والدين مختلفي الجنس بان كان له على اخر مائة درهم فاسلمها اليه وعشرة دنانير عين في كرا معلومة لا يجوز في الكل اما حصة الدين فلما ذكرنا واما حصة العين فلجهالة ما يخصه من المسلم فيه وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في حصة العين وهي مبنية على اعلام قدر راس المال وقد مر وعن زفر ان السلم في الكل باطل في الجنس الواحد ايضا لانه لما بطل في حصة الدين وجب ان يبطل في غيره لانه جعل القبول فيه شرطا لصحته في الاخر فيفسد في الكل وجوابه ما بينا ان العقد وقع صحيحا لعدم تعين الدين ثم فساده في البعض لا يتعدى على ما تقدم واما ما فيه ابن عباس رضي الله عنهما **قال** ولا يصح التصرف في راس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة او تولية لان المسلم فيه مبيع والدليل ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والتصرف في المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز على ما عرف في موضعه وراس المال مستحق القبض في المجلس والتصرف فيه يفوت القبض المستحق فلا يجوز الا يرى الى قوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك فهذا يمنع التصرف فيهما قطعا حيث لم يجوز اخذ غيرهما لان اخذ غيرهما في التولية عليه بعوض وفي الشركة يملك بعضه بعوض فلا يجوز ولان راس المال له شبه بالمبيع حتى لا يجوز بفوات القبض فيه بالتمليك او بالابرا كالمبيع فاخذ حكمه **قال** فان تقايلا السلم لم يشتر من المسلم اليه شيئا براس المال حتى يقبضه كله بالاقالة لقوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي لا سلمك حال قيام العقد او راس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال ولان راس المال اخذ شبها بالمبيع لان الاقالة بيع في حق غيرهما ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فتعين ان يجعل راس المال مبيعا وان كان دينا في الذمة لان كونه دينا لا ينافي ان يكون مبيعا كالمسلم فيه قبل الفسخ فصار راس المال بعد الاقالة بمنزلة المسلم فيه قبلها فاخذ حكمه من حرمة الاستبدال بغيره ولان الاقالة لما صارت بيعا جديدا من وجه كان حكم راس المال فيها كحكمه في البيع الاول وهو السلم فنزل الخلف منزلة الاصل فيحرم استبداله بعد الاقالة كما كان يحرم قبلها الا انه لا يجب قبضه في المجلس بعدها كما كان يجب قبلها لان الاقالة ليست ببيع من كل وجه ولهذا اجاز ابراوه وان كان لا يجوز قبلها وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجوز بيعه بعد الاقالة وهو القياس لانه لما بطل السلم بقي راس المال دينا في ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الديون ووجه الاستحسان ما بيناه **قال** ولو اشترى المسلم اليه كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح وصح لو قرضا او امره بقبضه له ثم لنفسه ففعل

معناه ان كاله لنفسه بعد القبض ثانيا لانه اجتمع هنا صفقتان صفقة بين المسلم اليه وبين المشتري منه وصفقة بين المسلم اليه وبين رب السلم فلا بد من الكيل مرتين قضاء للصفقتين ولم يوجد في الاولى وهو ما اذا امر المسلم اليه رب السلم بقبضه من البائع قضاء بحقه ووجد في الثانية وهو ما اذا امره المسلم اليه بقبضه له بان يكيله ثم بقبضه لنفسه بالكيل ثانيا فلذا جاز والاصل فيه ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري ومحمله على ما اذا اجتمعت الصفقتان فيه واما في صفقة واحدة فيكتفي بالكيل فيه مرة في الصحيح **فان قيل** بيع المسلم اليه مع رب السلم سابق على شرا المسلم اليه من بائعه فلم يجتمع الصفقتان فيه قلت ... **قلنا** السلم وان كان سابقا فقبض المسلم فيه لاحق حق المسلم اليه بالعقد الثاني فيجعل ... لا يدخل تحت ... والمقبوض بدل عن المسلم فيه حقيقة وان كان عينه حكما احترازا عن الاستبدال فكان بيعا حقيقة ولان استبدال المسلم فيه بجنسه جائز الا يرى انه لو قضاه اجود مما شرطاه جاز ولو حرم الاستبدال بجنسه لما جاز فكان استبدالا حقيقة وحكما فثبت انه بيع جديد بعد الشرا فوجب الكيل ثانيا لاجله بخلاف ما اذا كان الحق قرضا فاشترى المستقرض له فامر المقرض بقبضه قضاء بحقه يجوز وان لم يعد الكيل لان القرض عارية حتى ينعقد بلفظ الاعارة فكان المقبوض عين حقه تقديرا فلم يجز استبدالا ولو كان استبدالا للزم مبادلة الجنس بجنسه نسيئة فلم يتحقق الصفقتان فيكتفي بكيل واحد للمشتري بقبضه له ثم لنفسه من غير اعادة كيل **قال** ولو امره رب السلم ان يكيله في ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قضاء بخلاف المبيع يعني لو دفع رب السلم الى المسلم اليه ظرفا من الغرائر مثلا وامر رب السلم ان يكيل الطعام المسلم فيه ويجعله في الظرف فجعل المسلم اليه ورب السلم غائب لم يكن قضاء ولو كان مكان السلم شرى بان اشترى برا معينا ودفع المشتري الى البائع ظرفا وامره ان يكيله ويجعله في الظرف ففعل البائع والمشتري غائب صح وهو المراد بقوله بخلاف المبيع والفرق ان رب السلم حقه في الذمة ولا يملكه الا بالقبض فلم يصادف امره ملكه فلا يصح فيكون المسلم اليه مستعيرا للظرف فيجعل فيه ملك نفسه كالدائن اذا دفع كيسا الى المدين وامره ان يزن دينه ويجعله فيه فانه لا يصح فالمشتري ملك الطعام بنفس الشرا فيصح امره لمصادفته ملكه فيكون قابضا بجعله في الظرف ويكون البائع وكيلا في امساك الظرف فيكون الظرف في يد المشتري حكما فكان الواقع فيه واقعا في يده حكما ولهذا التقييد لذلك الكيل في الصحيح الا يرى انه لو امره بالطحن او بالقائه في البحر ففعل يكون على الامر في الشرا ويتقرر الثمن عليه وفي السلم على المامور لما قلنا **فان قيل** البائع لا يصلح ان يكون وكيلا للمشتري في القبض حتى لو وكله بالقبض نصا لا يصح توكيله ولا يكون قابضا له فكيف يصلح ان يكون وكيلا هنا **قلنا** لما صح امره للكونه مالكا له صار وكيلا له ضرورة وكم من شي يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا ولو كان رب السلم حاضرا وكاله المسلم اليه بحضرته وخلى بينه وبين الطعام يصير قابضا لان التخلية تسليم ولو امره في الشرا ان يكيله ويجعله في ظرف البائع ففعل لم يصر قابضا لان المشتري صار مستعيرا الظرف من البائع ولم يقبضه فلا يصح العارية لانها لا تتم بدون القبض فلا يكون الواقع فيه واقعا في يد المشتري فصار كما لو امره ان يجعله في ناحية من بيت البائع ولو اجتمع الدين والعين وكان الظرف للمشتري وامره ان يجعلهما فيه فان بدا بالعين صار قابضا للكل اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلانه خلطه بماله بملكه بالاتصال به كمن دفع الى صائغ فضة وامره ان يزيد عليه من عنده فضة قرضا وكمن استقرض من رجل حنطة وامره ان يزرعه في ارضه قبل ان يقبضه فانه يصير قابضا له بالاتصال بملكه لانه عين ماله والخلط باذنه بخلاف الصباغ اذا اصبغ الثوب حيث لا يصير صاحبه

لا تتعين صح

يعلم انه

فانقضا باتصال الصبغ بثوبه لان المعقود عليه فيه الفعل وهو الصبغ لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه
عرض لا يقبل الانتقال ولم يتصل بالثوب فهذا لم يصر قابضا واذا بدا بالدين لم يصر قابضا لهما اما الدين فلما ذكرنا واما
العين فلانه لما خلطه بملكه فقد استهلكه قبل التسليم عند ابي حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط لم يرض به لجواز
ان يكون مراده البداية بالعين فلم يتحقق برضاه به حتى يكون شريكا له وعند ابي يوسف يصير قابضا لهما جميعا
اذا بدا بالعين لانه لما كان الدين اولا لم يخرج عن ملكه ولم يصر للبائع فاتصاله لما قلنا ولما خلط العين بعده وخلطه
فيه صار قابضا للعين لما ذكرنا وللدين ايضا ضرورة اتصاله بملكه فصار كما لو بدا بالعين وقال محمد يصير قابضا
للعين دون الدين لانه لما بدا بالدين لم يملكه المشتري بل هو باق على ملك البائع وصار مستعيرا للظرف ولما خلط
العين بعده وخلطه به صار خالطا لملك المشتري بملك نفسه ومستهلكا له باذنه فيشتركان فيه ولم يبرا
عن الدين لعدم القبض بخلاف ما اذا بدا بالعين لانه صار مسلما للمشتري بوضعه في ظرفه ثم يملك الدين باتصاله
بملكه بعده وهكذا ذكره قاضيخان وذكر صاحب الهداية ان المشتري بالخيار عندهما ان شاء نقض البيع وان
شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال ولو اسلم امة في كر وقبض الامة فتقايلا
فماتت او ماتت قبل الاقالة بقي وصح وعليه قيمتها يعني ماتت الامة بعد الاقالة قبل ان يقبضها رب السلم بحكم
الاقالة او ماتت قبل الاقالة ثم تقايلا بعد موتها بقيت الاقالة على حالها ولم يبطل بموتها في الاولى وصحت
الاقالة بعد موتها في الثانية ويجب على المسلم اليه قيمة الجارية فيهما يوم قبضها لان شرط صحة الاقالة بقاء
العقد وهو يبقى ببقاء المعقود عليه والمعقود عليه في السلم هو المسلم فيه وهو باق في ذمة المسلم اليه بعد
هلاك الجارية فصحت الاقالة ابتداء وكذا لا يمتنع بعد الهلاك لان البقاء اسهل من الابتداء فاذا انفسخ العقد يجب
عليه رد الجارية وقد عجز عن ردها فيجب عليه قيمتها لقيامها مقامها كما لو تقايلا بعد اباق الجارية ثم تقايلا لا بعد
هلاك احدهما فانه يصح لبقاء احدهما ويجب رد الباقي منهما ويجب على الاخر قيمة الهالك لما قلنا قال
وعكسه شراؤها بالف اي عكس مسئلة السلم شرى الجارية بالف فان الحكم فيها لو ماتت الجارية بعد الاقالة
قبل القبض بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد هلاكها ابتداء لا يصح لان المعقود عليه فيها هي الجارية فلا تصح الاقالة
بعد هلاكها ابتداء ولا يبقى لانعدام المحل فكانت عكس الاولى بخلاف بيع المقايضة حيث يصح الاقالة ابتداء بعد
هلاك احدهما ولا يبطل به لان كل واحد من العوضين فيه معقود عليه لكونه مبيعا من وجه فيبقى العقد ببقاء
احدهما فحاصله ان هذا الجنس منقسم الى اربعة اقسام احدها الاقالة في السلم والثاني الاقالة في بيع المقايضة
والثالث الاقالة في بيع العين بالثمن وقد ذكرنا حكم الثلثة والرابع الاقالة في الصرف وحكمه انهما اذا
تقايلا فيه بعد هلاك احد البدلين او كليهما او هلك البدلان او احدهما بعد الاقالة قبل التراد صحت الاقالة
لان المعقود عليه في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة الاخر وذلك غير متعين فلا يتصور هلاكه
والمقبوض غيره ولا يمنع هلاكه صحة الاقالة وهذا لان الفسخ يرد على ما ورد عليه العقد فلا يرد على المقبوض
ولهذا لو كان المقبوض قائما لهما ان يردا غيره بعد التقايل قال رحمه الله والقول لمدعي الرداءة والتاجيل
لا لنافي الوصف والاجل يعني اذا اختلفا في اشتراط الوصف في المسلم فيه بان قال احدهما شرطنا رديا وقال
الاخر لم نشترط شيئا كان القول قول من يدعي اشتراط الوصف والاجل لانه يدعي الصحة اذ السلم فيه لا يجوز الا
موجلا موصوفا فكان الظاهر شاهدا له لان الفاسد حرام والظاهر من حال المسلم ان يجتنب الحرام ويبا

المباح ثم الاصل في جنس هذه المسائل انهما اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام احدهما مخرج التعنت كان
باطلا وكان القول قول من يدعي الصحة وان خرج مخرج الخصومة فكذلك عند ابي حنيفة ان اتفقا على عقد
واحد وعندهما القول للمنكر ثم تفاصيل المسئلة ان يقول لو اسلم دراهم الى رجل في كر حنطة فقال المسلم
اليه شرطنا رديا وقال رب السلم لم نشترط شيئا كان القول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره
الصحة اذ الظاهر مع ارادته ربح على رأس المال وكلام المتعنت مردود وفي عكسه بان ادعى رب السلم
شرط الردي وانكر المسلم اليه الشرط اصلا كان القول لرب السلم عند ابي حنيفة لانه يدعي الصحة وعندهما
للمسلم اليه لانه منكر ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل كان القول لرب السلم عندهم لان المسلم اليه متعنت في
انكاره ما ينفعه وهو الاجل وهو حق له فكان باطلا فان قيل المسلم اليه ليس بمتعنت لانه يدعي فساد العقد
وفيه نفعه لانه لا يلزمه المسلم فيه بسبب فساد العقد بل يجب عليه رد رأس المال وهو اقل من المسلم فيه
عادة فوجب ان يكون القول له لا كان قلنا الفساد بسبب عدم الاجل مختلف فيه بين العلماء فلم يتيقن
بالفساد فلا يعتبر النفع في سقوط المسلم فيه عنه بخلاف عدم الوصف عندهما لان الفساد فيه قطعي فكان
انكار المسلم اليه لانه ليس بمتعنت لان فيه نفعه بسقوط المسلم فيه عنه ورد رأس المال بخلاف انكار رب السلم
فيه لانه متعنت حيث ينكر وجوب حقه وهو المسلم فيه لانه يزيد على رأس المال عادة واذا جعل القول
لرب السلم يرجع في مقدار الاجل اليه ايضا وفي عكسه بان ادعى المسلم اليه الاجل وانكره رب السلم فالقول للمسلم
اليه عند ابي حنيفة وعندهما القول لرب السلم لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل فكان القول له وان انكر الصحة
رب المال بقول للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة دراهم وقال المضارب شرطت لي نصف الربح
فلم يزد كان القول لرب المال وان كان فيه فساد العقد لانه منكر لاستحقاق الربح عليه ولابي حنيفة انهما
اتفقا على عقد السلم واتفاقهما على العقد اتفاق على شرائطه لان شرط الشيء تبع له وثبوته بثبوت الاصل فكان
الاجل بعد ذلك رجوعا منه عما اقر فلا يقبل [illegible] لكن اذا ادعى احدهما النكاح بغير شهود والاخر بشهود
كان القول لمن يدعي النكاح بشهود بخلاف المضاربة لانهما لم يتفقا على عقد واحد لان المضاربة اذا صحت تكون
شركة في الربح واذا فسدت تكون اجارة ولئن سلمنا انهما اتفقا على عقد واحد فالمضاربة غير لازمة لان كل
واحد منهما يملك فسخه بعد العقد فيرتفع بالاختلاف فيها فاذا ارتفع بالانكار بقي مجرد دعوى المضارب في مال
رب المال فكان القول للمنكر وهو رب المال وبخلاف ما اذا قال الزوج لامرأته تزوجتك وانت صغيرة وقالت
تزوجتني وانا بالغة فان القول قوله وان كان فيه فساد العقد لانه لم يقر بالعقد بل اخره حيث اسنده الى
حالة منافية للصحة لعدم الاهلية قال وصح السلم والاستصناع في نحو خف وطست وقمقم اما السلم
فلانه يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره فوجب القول بجوازه اذا اجتمعت فيه شرائطه على ما بينا من قبل واما
الاستصناع فللاجماع الثابت بالتعامل من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو من اقوى الحجج
وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا وقال عليه السلام ما راه المومنون حسنا فهو عند
الله حسن وهذا استحسان والقياس لا يجوز لانه بيع المعدوم وهو منهي عنه ولكن ترك القياس لما ذكرنا
والقياس يترك بمثله كدخول الحمام والاحتجام باجر وطلب شربة ماء من السقاء بفلس كل ذلك جائز للتعامل
وان كان القياس يأباه للجهالة لانه لا يعرف كم قدر يقعد في الحمام وكم قدر يستعمل او يشرب من الماء وكم قدر

يخرج من الذم اذ لا يعتبر القياس بمقابلة الاجماع او النص وقد قال عليه السلام لا تجتمع امتي على الضلالة و
يشكل هذا على قول ابي حنيفة في المزارعة فان التعامل فيه موجود ومع هذا لم يأخذ به واخذ بالقياس لان الخلاف
فيها كان موجودا في الصدر الاول ولم يجر التعامل فيها من غير نكير بخلاف ما نحن فيه ثم انما يجوز اذا جرى فيه تعامل
وما لا تعامل فيه لا يجوز الاستصناع فيه ويجوز سلما اذا اجتمعت فيه شرائطه ثم في الصحيح ان الاستصناع
يجوز بيعا وقال الحاكم الشهيد انه وعد وليس ببيع وانما ينعقد بيعا اذا اتى به مفروغا بالتعاطي ولهذا اثبت فيه
الخيار لكل واحد منهما وجه قول الجمهور ان محمدا رحمه الله سماه شراء وذكر فيه القياس والاستحسان وفصل بين
ما فيه تعامل وما لا تعامل فيه واثبت فيه خيار الرؤية ولو قبض الثمن ملكه والمواعيد تجوز قياسا واستحسانا
فيما فيه تعامل وما لا تعامل فيه ولا يثبت فيه خيار الرؤية ولا يملك به البدل في الحال فيبطل ما قاله والمعدوم
قد يعتبر موجودا حكما للحاجة كطهارة المستحاضة وعكسه الماء المستحق بالعطش وقد تحققت الحاجة هنا
اذ كل احد لا يجد خفا مصنوعا يوافق رجله ولا خاتما يوافق اصبعه وقد يجوز بيع المعدوم للحاجة اصله بيع
المنافع والمعقود عليه هو العين دون العمل عند الجمهور وقال ابو سعيد البردعي المعقود عليه هو العمل لان
الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دل على انه هو المعقود عليه والاديم فيه
بمنزلة الالة للعمل ولهذا يبطل بموت احدهما والاول اصح ولهذا لا يشترط ان يعمله بعد العقد حتى لو جاء به
لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز وكذا لو عمله بعده وباعه الصانع قبل ان يراه المستصنع
جاز ولو كان المعقود عليه العمل لما جاز هذا كله وكذا محمد رحمه الله قال اذا جاء به مفروغا فللمستصنع
الخيار لانه سماه شراء واثبت فيه خيار الرؤية وهو لا يثبت الا في العين وانما يبطل بموت احدهما لان للاستصناع
شبها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع وهو
المقصود اجرينا فيه ما ذكرنا من احكام البيع وقيل ينعقد اجارة ابتداء وبيعا انتهاء قبيل التسليم لان البيع لا يبطل
بموت احدهما بل يستوفى من تركته والاجارة لا يثبت فيها ما ذكرنا من احكام البيع فجمعنا بينهما على التعاقب لتعذر
جمعهما في حالة واحدة كما قلنا في الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء والمعنى فيه ان المستصنع طلب منه
العين والدين فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الامرين حظهما **فان قيل** اذا اعتبرتم فيه معنى الاجارة ومعنى
البيع وجب ان يجبر كل واحد منهما على المضي ولا يتخير **قلنا** الاجارة تفسخ بالاعذار وهذا عذر لان الصانع
يلزمه الضرر بقطع الصرم فباعتباره كان للصانع فسخه وكذا البيع يثبت فيه خيار الرؤية فباعتباره كان
يكون للمستصنع الفسخ لانه اشترى ما لم يره على ما قال بالتخيير ولان الجواز للضرورة فيظهر في حقه ولا
ضرورة في حق اللزوم فلا يظهر في حقه **قال** وله الخيار اذا رآه اي للمستصنع الخيار اذا رأى
المصنوع لانه اشترى ما لم يره بخلاف السلم لانه لا فائدة في اثبات الخيار فيه لانه كلما رده عليه اعطاه غيره
لانه غير متعين اذ المسلم فيه دين في الذمة فيبقى فيها حتى يقبضه وهنا يفيد الفسخ لانه يتعين بالاحضار
ولا خيار للصانع لانه باع ما لم يره وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا لانه يلحقه ضرر بقطع الصرم وعن
ابي يوسف انه لا خيار لواحد منهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا
بالصانع فربما لا يرغب فيه غيره والصحيح ان للمستصنع الخيار دون الصانع لانه المشتري لما لم يره والصانع
بائع **قال** وللصانع بيعه قبل ان يراه لانه لا يتعين الا باختيار المستصنع وقبل ان يراه كان له ان يبيعه

اشترى ما لم يره

لعدم تعينه واذا رآه ورضي به ليس له ان يبيعه لانه بالاحضار اسقط خياره ولزم من جانبه فاذا رضي به
المستصنع ثبت اللزوم في حقه ايضا **قال** ومؤجله سلم اي اذا اجل المستصنع صار سلما وهذا عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد ان ضرب الاجل فيما فيه تعامل فهو استصناع وان
ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم لان الاستصناع فيما لا تعامل فيه كالثياب ونحوه لا يجوز اجماعا فتعين حمله
على السلم تحريا للجواز واما فيما فيه تعامل كالخف ونحوه فيحتمل الوجهين لان لفظ الاستصناع حقيقة
فيه فكان محافظة قضيتها اولى ويحمل الاجل على الاستعجال لانه يحتمل ان يكون ذكره للتعجيل ويحتمل
ان يكون للاستمهال ولفظ الاستصناع محكم فيه فيحمل المحتمل عليه ولان الاستصناع عقد جائز غير لازم
فذكر الاجل لا يكون لازما كعقد الشركة والمضاربة ولان الاجل للترفيه وتأخير المطالبة فلا يخرج به العقد
من جنس الى جنس اخر ولو كان الاستصناع بذكر الاجل يصير سلما لكان السلم بدون ذكر الاجل استصناعا
ولانه لو كان بذكر الاجل سلما لكان فاسدا لانه شرط فيه عمل رجل واحد وانه مفسد للسلم كاشتراط
طحان قرية بعينها ونحوه بخلاف ما لا تعامل فيه لانه لو لم يحمل على السلم لفسد الا ترى انه يفسد اذا لم يضرب
له اجل فحملناه عليه بما امكن لما ذكرنا ولابي حنيفة انه يحتمل السلم فكان حمله عليه اولى وهذا لان جوازهما
على خلاف القياس للحاجة لكن جواز السلم ثبت بالكتاب والسنة المشهورة واجماع الامة فيما فيه تعامل
وما لا تعامل فيه وجواز الاستصناع ثبت بتعامل الناس والسنة الغريبة في بعض الاشياء فكان حمله على
السلم اولى فيما احتمله لكونه اقرب الى الجواز ولهذا احمل عليه فيما لا تعامل فيه اذا ضرب له اجل لكونه في
حكم السلم وصرح به فكان هو المقصود والترجيح بالمقصود اولى من الترجيح باعتبار اللفظ الا ترى ان الحوالة
بشرط الابراء للاصيل كفالة والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وكذا لو باع المنافع كان اجارة ولان
ضرب الاجل لتأخير المطالبة وذلك باللزوم واللزوم في السلم دون الاستصناع وذكر الصنعة لبيان
الوصف فيه لا للتعيين ولهذا لو جاء به وهو من عمل غيره جاز ويجبر على القبول فيما لا تعامل فيه ولا يلزم
من كونه سلما بذكر الاجل ان يكون السلم استصناعا بحذفه الا ترى ان النكاح بذكر الاجل يكون متعة ولا يكون
المتعة بحذف الاجل نكاحا ثم المراد بالاجل ما يصلح ان يكون اجلا في السلم وقد بينا قدره من قبل وان لم
يصلح فهو استصناع ان جرى فيه التعامل والا ففاسد وهذا اذا ذكر الاجل على سبيل الاستمهال وان
ذكر على وجه الاستعجال بان قال على ان يفرغ منه غدا او بعد غد يكون استصناعا لانه للفراغ لا لتأخير
المطالبة وقيل ان ذكر ادنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان اكثر من ذلك فهو سلم ويختلف
ذلك باختلاف العمل فلا يمكن تقديره بشيء وعن الهندواني ان ذكر الاجل ان كان من قبل المستصنع فهو
للاستعجال فلا يصير سلما وان كان من قبل الصانع فهو للاستمهال فيكون سلما ثم فائدة كونه سلما ان يشترط
فيه شرائط السلم من قبض رأس المال قبل الافتراق وعدم خيار الفسخ لهما الى غير ذلك من احكامه على ما بينا

باب المتفرقات

قال صح بيع الكلب وعن ابي يوسف انه لا يصح بيع الكلب
العقور لانه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب اصلا لنهيه
عليه السلام عن بيع الكلب وقال عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين فصار كالخنزير
ولنا ما روي عن ابن عباس انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وعن ابن عمر رضي الله عنه

انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وقضى في كلب باربعين درهما ولانه مال متقوم آلة
الاصطياد فيصح بيعه كالبازي الا ترى ان الشرع اباح الانتفاع به حراسة واصطيادا فكذا ابتياعا ولانه
يجوز تمليكه بغير عوض كالهبة والوصية فكذا بعوض بخلاف الخنزير لانه نجس العين كالميتة الا ترى انه لا يجوز الانتفاع
به شرعا والكلب ليس بنجس العين بخلاف الهوام المؤذية لانها لا ينتفع بها وما رواه الشافعي محمول على ابتداء
الاسلام حين كان عليه السلام يامر بقتل الكلاب لانه روي عن ابراهيم انه قال روي انه عليه السلام رخص
في ثمن كلب الصيد فلفظ الرخصة يدل على الاستباحة ولا فرق في ذلك جميع انواع الكلاب المعلم وغير المعلم
وشرط شمس الائمة لجواز بيع الكلب ان يكون معلما او قابلا للتعلم **قال** والفهد والسباع والطيور لانها
حيوان يجوز الانتفاع بها شرعا ويقبل التعلم عادة فجاز بيعها وكل حيوان كل منتفع به شرعا في الحال او في المآل
وله قيمة كالجحش والطفل جاز بيعه والا فلا ولهذا لا يجوز بيع حبة قمح ونقطة ماء وكف من تراب لانها
لا ينتفع بها اذ لا قيمة لها والفيل يجوز بيعه لانه منتفع به جلدا ورؤيا وفي بيع القرد روايتان عن ابي حنيفة
في رواية الحسن عنه انه يجوز لانه يمكن الانتفاع بجلده وفي رواية ابي يوسف عنه انه لا يجوز لانه للتلهي وهو
محظور والصحيح الاول والهر يجوز بيعه لانه منتفع به وكل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور يجوز بيعه
لما ذكرنا الا الخنزير فانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به فكذا لا يجوز بيعه **قال** والذمي كالمسلم في بيع
غير الخمر والخنزير لقوله عليه السلام فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون الى تبقية انفسهم
ليتحملوا اعباء التكاليف كالمسلمين فيشرع في حقهم الاسباب ليتمكنوا من تحملها بمباشرة الاسباب لتحصل ما بقي فيه
الانفس حتى لا يبقى لهم عذر في تضييع حقوق الله تعالى فكل ما جاز للمسلمين من البياعات كالصرف والسلم
وغيرهما من انواع التصرفات جاز لهم وما لا يجوز من الربا وغيره لا يجوز لهم الا في الخمر والخنزير فان عقدهم
فيهما كعقد المسلم على العصير والشاة فيجوز فيهما ما جاز فيهما منه من المسلم وغيره ولا يجوز ما لا يجوز لانهما اموال
نفيسة عندهم فلحقا بنظيرهما من اموالنا وهذا لانا امرنا بان نتركهم وما يعتقدون وما بذلوا الجزية
الا لذلك ولهذا قال عمر رضي الله عنه في الخمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها والصحابة متوافرون
ولم يعرف له مخالف فصار اجماعا **قال** ولو قال بع عبدك من زيد بالف على اني ضامن لك مائة
سوى الالف صح بالالف وبطل الضمان وان زاده من الثمن فالالف على زيد والمائة على الضامن يعني زاد
هذه الكلمة بان قال بع عبدك من زيد بالف على اني ضامن لك مائة من الثمن سوى الالف فانه يصح ويكون
الالف على المشتري والمائة على الضامن وقال زفر والشافعي لا تصح الزيادة ولا تلزمه وهذا مبني على
شيئين احدهما ان الزيادة تصح وتلتحق باصل العقد عندنا وعندهم لا تصح وقد بينا وجه المذهبين
من قبل والثاني ان اصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله حتى لا يصح اشتراطه على غير المشتري اذ لا يستفيد
بازائه ما لا يقابله وفضل الثمن يستغني عن مال يقابله حقيقة الا ترى ان الزيادة تجوز من المشتري
وان لم يسلم له بمقابلتها شيء فكذا تجوز من الاجنبي اذ لم يسلم له شيء فصارت نظير بدل الخلع فانه يجوز اشتراطه
على الاجنبي كما يجوز اشتراطه على المرأة اذ لا يسلم لها شيء بمقابلة البدل لان البضع لا يتقوم حالة الخروج
فاستويا فيه فكذا هنا الا ان من شرط صحة الزيادة ان توجد المقابلة تسمية وصورة حتى يجب حسب
وجوب الثمن بواسطة المقابلة صورة وان لم يقابله حقيقة الا ترى انه لو باع شيئا باضعاف قيمته يجوز

وان لم يقابل ما زاد على قيمته مال حقيقة وانما يقابله صورة وتسمية فاذا كان من شرطها المقابلة صورة
فان كان من الثمن فقد وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلا يصح لانه يكون التزاما للمال ابتداء وهو
رشوة لانه يعطيه ويتركه وهي حرام فلا يصح فصار الاصل ان كل ما يحصل للاصيل بمقابلته شيء من البدل لا يجوز
اشتراط البدل على الاجنبي وان لم يحصل يجوز لاستوائهما في عدم الحصول فاذا جازت الزيادة من
الاجنبي لا يرجع بها على المشتري ولا يظهر في حق البائع وفي حق الشفيع والمرابحة حتى اذا اخذها البائع الالف
لا يرجع بها على المشتري ولا يظهر في حق من المشتري لا يحبس المبيع لاجل المائة ويرابح على الالف لانه قام
عليه به ويأخذها الشفيع بالالف لان الزيادة لم تثبت في حقه وان كانت من المشتري لعدم الالتزام منه ولو
تقايلا البيع فللاجنبي ان يسترد الزيادة لانها من الثمن وفي قياس قول ابي يوسف لا يسترد لان الاقالة
عنده بيع جديد وكذا لو رده بعيب بغير قضاء وان كان بقضاء يسترد لكونه فسخا بالاجماع ولو ضمن الزيادة
من المشتري ظهرت في حق الكل حتى يرجع الضامن بها على المشتري ويرابح عليهما وعلى الالف ولا يطالب المشتري
بالزيادة وان كان بامره لانه لما تعذرت من جهته صار هو وكيلا فيها فترجع اليه الحقوق ولانه لم
يلتزمها وانما التزمها الاجنبي فيطالب بها هو وحده وهنا كالوكيل بالشراء يطالب هو فقط ثم هو يرجع
به على الموكل فكذا هنا ولو رده بعيب او تقايلا ترد الزيادة على الضامن فقط لانه اخذها منه دون المشتري
وذكر في الكافي ان الشفيع يأخذها بالف ومائة لجعلها ظاهرة في حقه ايضا ولا يقال هذا مشكل فان الزيادة
اذا كانت من المشتري بنفسه لم يظهر في حق الشفيع حتى كان له اخذها باصل الثمن من غير زيادة فكيف
يجب عليه الزيادة بزيادة الاجنبي والمشتري لم يلتزمها على ما مر لانا نقول هذه زيادة ذكرت في العقد
فصارت من جملة الثمن بخلاف الزيادة بعد العقد ولو لم يقل سوى الالف بان قال بعه بالف على اني
ضامن لك مائة من الثمن يصير كفيلا بمائة من الثمن الذي هو الالف ولا تثبت الزيادة لانه يتعذر
جعله زيادة على الالف حيث لم يقل سوى الالف ويمكن ان يجعل من الثمن الواجب على المشتري فيجعل منه ثم اذا
ادى رجع عليه ان كان بامره والا فلا وقد عرف في موضعه فصار في الحاصل للمسألة ثلث صور احداها
ان يقول بعه بالف على اني ضامن لك مائة سوى الالف من الثمن والثانية ان يترك قوله سوى الالف والثالثة
ان يترك قوله من الثمن وقد ذكرنا الثلث وحكمها فافهمه وهذا كله فيما اذا كانت الزيادة في العقد
واما اذا زاد الاجنبي بعد العقد فانه لا يجوز الا باجازة المشتري او يعطي الزيادة من عنده او يضمنها
او يضيفها الى نفسه وان زاده بامر المشتري جاز ولا يلزمه شيء والمال لازم للمشتري لانه سفير فيه
ومعبر فلا يلزمه الا بالضمان وهو نظير الخلع والصلح وانما صار سفيرا لانه لا يخلو عن اضافته الى
المشتري بان يقول زدتك على ثمن العبد الذي اشتراها منك فلان ولا يمكنه اضافته اليه كالخلع فلا يكون
مباشرا وان كان بامره بل يكون رسولا **قال** ووطء زوج المشتراة قبض لا عقد يعني لو اشترى امة وزوجها
المشتري قبل القبض صح النكاح لوجود الملك في الرقبة على الكمال بخلاف البيع لانه يبطل بالغرر ويشترط
فيه القدرة على التسليم بخلاف النكاح الا ترى ان تزويج الآبق يجوز دون بيعه ثم اذا جاز النكاح فان
وطئها كان قبضا لها لان الوطء من الزوج حصل بتسليط المشتري فصار منسوبا اليه كانه فعله بنفسه
وان لم يطأها لا يكون قبضا استحسانا والقياس ان يكون قبضا بنفس التزويج لانه تعييب حكمي الا ترى انه لو

وجد المشتراة مزوجة ردها بالعيب فصار كالتدبير والاعتاق وكالوطء **وجه** الاستحسان انه لم يتصل بها من المشتري فعل يوجب نقصانا في الذات وانما هو عيب من طريق الحكم على معنى ان رغبات الناس تقل فيها فينتقص الثمن لاجله فصار كنقصان السعر بخلاف الوطء لانه فعل حسي اتصل بها واوجب نقصانا في ذاتها لان منافع البضع ملحق بالجزء ولهذا يضمن بالاتلاف فصار كما لو قطع عضوا منها الا ترى انه لو اقر المشتري بدين على العبد المشتري قبل القبض لا يجوز فيها وان نص من جهته بوجوب الدين عليه حكما وهذا مثله بخلاف التدبير والاعتاق لان المالية قد تلفت به بثبوت حقيقة الحرية او حقه ومن ضرورته تصير قابضا **قال** ومن اشترى عبدا فغاب فبرهن البائع على بيعه وغيبته معروفة لم يبع بدين البائع والا بيع بدينه اي اذا اشترى شخص عبدا فغاب المشتري قبل القبض واقام البائع البينة ان هذا العبد كان له او باعه من فلان وغاب قبل ان ينقد الثمن وطلب من القاضي ان يبيعه فان غاب المشتري غيبة معروفة لم يبعه القاضي بدينه لانه يتوصل الى حقه بدون بيعه بالذهاب اليه فلا حاجة الى بيعه لان فيه ابطال حق المشتري في العين وان لم يدر اين هو اجابه القاضي في المنقول ان اقام بينة لان البينة هنا ليست للقضاء على غائب وانما هي لنفي التهمة وانكشاف الحال لان القاضي نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر ونظرهما في بيعه لان البائع يصل به الى حقه ويبرأ من ضمانه والمشتري ايضا تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فاذا احتيج الى الحال عمل القاضي بموجب اقراره فلا يحتاج فيه الى الخصم حاضر وانما يحتاج اليه اذا كانت البينة للقضاء وهذا لان العبد في يده وقد اقر به للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك للغائب على الوجه الذي اقر به ولا يقدر البائع ان يصل الى حقه فيبيعه القاضي احياء لحقه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا قبل القبض بخلاف ما اذا غاب المشتري بعد القبض حيث لا يبيعه الحاكم لان حقه غير متعلق به ولا يقال هذا بيع قبل القبض وهو غير جائز فكيف يباع لانا نقول من مشايخنا من قال ان القاضي يوكل من يقبضه ثم يبيعه وفيه نظر لما فيه من ابطال يد البائع قبل ايفاء الثمن والاوجه ان يقال ان البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود احياء حقه وفي ضمنه يصح بيعه لان الشيء قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا ثم اذا باع واوفى ثمنه فان فضل شيء من دينه يمسك للمشتري الغائب لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين يبقى شيء منه يتبعه البائع اذا ظفر به **قال** ولو غاب احد المشتريين فللحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتى ينقد شريكه يعني اذا اشترى رجلان شيئا فغاب احدهما قبل القبض يكون للحاضر دفع كل الثمن وقبضه كله ثم اذا حضر شريكه فله ان يحبسه عنه حتى ينقده وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف اذا نقد الحاضر الثمن لا ياخذ الا نصيبه بطريق المهاياة وكان متبرعا فيما ادى عن صاحبه فصار الخلاف في مواضع احدها في قبض جميع المبيع على تقدير ايفاء الثمن كله والثاني في حبس نصيب الغائب عنه اذا حضر والثالث في الرجوع عليه بما ادى والرابع في اجبار البائع على قبول ما اداه الحاضر من نصيب الغائب عندهما يجبر وعنده لا يجبر والخامس في اجبار البائع على تسليم نصيب الغائب من المبيع الى الحاضر عند ايفاء الثمن كله فعندهما يجبر وعنده لا يجبر لابي يوسف ان الحاضر قضى دينا على الغائب بغير امره فكان متبرعا فيه ولا جبر ولا رجوع في التبرعات وهو اجنبي عن نصيبه فلا يقبضه ولهذا لو كانا حاضرين يكون متبرعا بالاجماع ولو كان مضطرا لما اختلف بين حضرته وغيبته كالوكيل بالشراء وكمعير الرهن وصاحب العلو في

قضاء الدين وبناء السفل ولهما ان الحاضر مضطر الى اداء كل الثمن لان للبائع حق حبس المبيع الى ان يستوفي كل الثمن فلا يكون متبرعا مع الاضطرار الى القضاء نصيب شريكه ليصل الى الانتفاع بنصيبه فصار كمعير الرهن وصاحب العلو والوكيل بالشراء اذا ادى الثمن من ماله وانما اختلف بين حضرته وغيبته لانه كالوكيل عن صاحبه من وجه من حيث ان ملك الغائب يثبت بقبول الحاضر لان من باع شيئا من شخصين لا يثبت الملك لكل واحد منهما الا بقبول الآخر وليس بوكيل من وجه من حيث ان كل واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن فاشبه الاجنبي والاصل ان الشيء متى تردد بين شيئين يوفر عليه حظهما فلشبهه بالاجنبي يكون متبرعا عند حضوره ولشبهه بالوكيل يكون مضطرا عند غيبته وهذا اولى من العكس لانه في حال الحضرة يمكنه ان يخاصمه الى الحاكم فلا يكون مضطرا وفي حال الغيبة لا يمكنه فجعل مضطرا فيرجع بالثمن ويحبس المبيع به كالوكيل بخلاف ما استشهد به من الوكيل وغيره لانه مضطر محض وليس بمتردد بين شيئين فلا يختلف حكمه **قال** ومن باع امة بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية فيصير كانه قال بعتك خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة بخلاف ما اذا اشترى جاريته بالف من الذهب والفضة حيث يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود من كل واحد منهما وعلى هذا لو قال كذا على كر حنطة وشعير وسمسم يجب عليه من كل جنس ثلث الكر وهذا في جميع المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيره من الموزون والمكيل والمعدود والمذروع **قال** وان قضى زيفا عن جيد وتلف فهو قضاء يعني اذا كان له على آخر دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فهلكت او انفقها ثم علم بالعيب فهو قضاء ولا يكون له غير ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بالجياد لان حق صاحب الدين مرعي من حيث الوصف كما راعى حقه من حيث القدر الا انه يتعذر عليه الرجوع بمجرد الجودة لانها وصف لا قيام لها بذاتها ولا قيمة لها اذا قوبلت بجنسها فتعين رد مثل المقبوض والرجوع بالجياد ولهما ان المقبوض من جنس حقه حتى لو تجوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لكونه استبدالا اذ هو حرام في الصرف والسلم فاذا كان من جنس حقه استيفاء فلم يبق له الا الجودة ولا قيمة لها عند المقابلة بالجنس ولا يمكن تداركها بايجاب الضمان عليه لان القضاء عليه بالضمان لحقه له ممتنع ولان الجودة تبع فلا ينقض لغيره الاصل لاجله كيلا ينعكس فيكون الاصل تبعا والتبع اصلا بخلاف الراهن اذا اتلف الرهن او المولى اذا اتلف مال عبده المأذون له المديون حيث يجب عليهما الضمان وان كان المضمون ملكا لهما لان الضمان هناك لاجل حق الغير وهو المرتهن والغرماء فلم يكن الايجاب عليه لحقه **قال** وان فرخ طير او باض او تكسر ظبي في ارض رجل فهو لمن اخذه لانه مباح سبقت يده اليه فكان اولى به لقوله عليه السلام الصيد لمن اخذه والبيض صيد ولهذا يجب على المحرم الجزاء بكسره وشيه قال الله تعالى ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله ايديكم ورماحكم اي البيض والفرخ وهذا اذا لم يكن ارضه مهيأة لذلك وان كانت مهيأة للاصطياد فهو له لان الحكم لا يضاف الى السبب الصالح الا بالقصد الا ترى ان من نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيد او حفر بئرا للماء فوقع فيها صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزاء ان كان محرما وان قصد به الاصطياد ملكه

ووجب عليه الجزاء ان كان محرما وعلى هذا التفصيل لو دخل صيد داره او وقع ما نثر من الدراهم في
ثيابه بخلاف معسل النحل في ارضه حيث يملكه وان لم يعد ارضه معدة لذلك لانه من انزال الارض حتى
يملكه تبعا لها كالاشجار النابتة والتراب المجتمع فيها بجريان الماء وان لم يعده ولهذا يجب في العسل
العشر اذا اخذ من ارض العشر **قال** ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط البيع والقسمة
والاجارة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل والاعتكاف والمزارعة والمعاملة
والاقرار والوقف والتحكيم والاصل فيه ان كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لما روي
انه عليه السلام نهى عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال بغير مال او كان من التبرعات لا يبطل بالشروط
الفاسدة ولان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات
والتبرعات لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد
ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربا بعينه ولا يتصور ذلك في المعاوضات غير المالية كالنكاح
والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك ولا في التبرعات فيبطل الشرط ويصح تصرفه الا ترى انه عليه السلام
اجاز العمرى وابطل الشرط واصل اخر ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات لانه من باب القمار
وانه منهي عنه وما هو من باب الاسقاط المحض الذي يحلف به يجوز تعليقه مطلقا وذلك مثل الطلاق والعتاق
وما هو من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم وكذا التحريضات قال عليه السلام
من قتل قتيلا فله سلبه وامر رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة في غزوة فقال ان قتل زيد فجعفر وان
قتل جعفر فعبد الله بن رواحة فاذا فرغنا هذا اجبنا الى ما ذكر في الكتاب فنقول البيع معاوضة مال بمال
فيفسد بالشروط الفاسدة لما روينا ولا يجوز تعليقه بالشرط مطلقا ان كان الشرط كلمة ان بان قال بعت منك
ان كان زيد ها هنا فيبطل البيع به سواء كان الشرط نافعا او ضارا الا في صورة واحدة وهو ان يقول بعت منك هذا
ان رضي فلان به فانه يجوز اذا وقته ثلثة ايام لانه اشتراط الخيار للاجنبي وهو جائز على ما بيناه من قبل وان
كان الشرط كلمة على فان كان الشرط مما يقتضيه العقد او يلائمه او فيه اثر او جرى التعامل به كما اذا اشترط تسليم
المبيع او الثمن او التأجيل او الخيار لا يفسد البيع ويجوز الشرط وكذا اذا اشترى النعل على ان يحذوها البائع وان
كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا العادة جرت به فان كان في الشرط منفعة لاهل الاستحقاق فسد
البيع والاقالة وقد بيناه من قبل والقسمة والاجارة مثله اما الاجارة فظاهر لان فيها تمليك المنفعة
والاجرة والقسمة فيها معنى المبادلة فصارا كالبيع والرجعة استدامة الملك فيكون معتبرا بابتدائه فلا
يجوز تعليقه بالشرط كما لا يجوز تعليق ابتداء الملك به والصلح عن مال بمال معاوضة مال بمال على ما يذكر في الصلح
ان شاء الله فيكون بيعا والابراء عن الدين تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا
بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط وعزل الوكيل والاعتكاف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط
والمعاملة وهي المساقاة والمزارعة اجارة لان من يجيزهما لم يجزهما الا على اعتبار الاجارة فيكونان
معاوضة مال بمال فيفسدان بالشروط الفاسدة ولا يجوز تعليقهما بالشرط لما ذكرنا والاقرار والوقف
ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط وهذا لان الاقرار اخبار متردد بين الصدق والكذب
فان كان كذبا لا يجوز صدقا بفوات الشرط ولا بالعكس وانما التعليق في الايجابات لتتبين انه ليس بايقاع

رواه البخاري

قبل وجود الشرط بخلاف ما اذا علق الاقرار بموته او بمجيء الوقت فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك
للاحتراز عن الجحود او دعوى الاجل فيلزمه للحال على ما بيناه في موضعه ان شاء الله تعالى والتحكيم
لا يصح معلقا بخطر ولا مضافا الى زمان بان قال المحكمان اذا اهل الشهر او قالا لعبد او كافر اذا
اعتقت او اسلمت فاحكم بيننا وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد يجوز تعليقه بشرط
واضافته الى الزمان لانه ليس فيه الا تفويض وتولية فصار كالوكالة والامارة والقضاء ولابي يوسف
ان التحكيم تولية صورة وصلح معنى اذ لا يصار اليه الا بتراضيهما لقطع الخصومة بينهما فباعتبار انه
صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال **قال** وما لا
يبطل بالشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع والعتق والرهن
والايصاء والوصية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والكفالة والحوالة والوكالة
والاقالة والكتابة واذن العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة وعقد الذمة
وتعليق الرد بالعيب او بخيار الرؤية وعزل القاضي ومن هذا لا يبطل بالشروط الفاسدة لما ذكرنا ان
الشروط الفاسدة من باب الربا وانه يختص بالمبادلة المالية وهذه العقود ليست بمعاوضة مالية فلا
يؤثر فيها الشروط الفاسدة الا ترى انه عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر وكذا ابطل شرط
الولاء لغير المعتق بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها ابتاعي فاعتقي فانما الولاء لمن اعتق قاله
حين اراد موالي بريرة ان يكون الولاء لهم بعد ما اعتقها الا ان الكتابة انما تفسد بالشرط المفسد اذا كان الشرط
غير داخل في صلب العقد بان كاتبه على ان لا يخرج من البلد او على ان لا يعامل فلانا او على ان يعمل في نوع من
التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط فله ان يخرج من البلد ويعمل ما شاء من انواع التجارة
مع اي شخص شاء واما اذا كان الشرط داخلا في صلب العقد بان كان في نفس البدل كالكتابة على خمر
ونحوها فانها تفسد به وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى
وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين فلشبهها بالبيع تفسد اذا كان
المفسد في صلب العقد ولشبهها بالنكاح لا تبطل بالشرط الزائد ومن هذا القسم اعني من القسم الذي
لا يبطل بالشروط الفاسدة الصلح عن جناية العمد والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرط
فيها حوالة او كفالة ذكره في النهاية في اخر باب الهبة **ثم** الشيخ رحمه الله ذكر هنا ما يبطل بالشروط
الفاسدة وما لا يبطل بها وما لا يصح تعليقه بالشرط ولم يذكر هنا ما يجوز تعليقه بالشرط ولا ما لا يجوز
اضافته الى الزمان ولا ما لا يجوز اضافته اليه ونحن نذكر ذلك بتوفيق الله تعالى جملة لما ذكره
من الاقسام وتتميما للفائدة في موضعه وانما تركه الشيخ هنا لانه ذكر بعضها في اخر كتاب الاجارة
فنقول **اما الاول** وهو ما يجوز تعليقه بالشرط فهو مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها
كالطلاق والعتاق وبالالتزامات التي يحلف بها كالحج والصلاة او التوليات كالقضاء والامارة
على ما بينا **واما الثاني** وهو ما يجوز اضافته الى ما يستقبل من الزمان فاربعة عشر الاجارة
وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكتابة والايصاء والقضاء والامارة والطلاق
والوقف لان الاجارة تتضمن تمليك المنافع وهي لا يتصور وجودها في الحال فيكون مضافة ضرورة

اى طريق الاجارات

وهو معنى قول اصحابنا الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما يجيء بيانه في موضعه ان
شاء الله تعالى وفسخ الاجارة معتبر بالاجارة فيجوز مضافا الا ترى ان فسخ البيع وهو الاقالة معتبر به
حتى لا يجوز تعليقه بالشرط ولا اضافته الى الزمان كالبيع والمزارعة والمعاملة اجارة الا ترى ان من
يجيزهما لا يجيزهما الا بطريقها وتراعى فيهما شرائطها والمضاربة والوكالة من باب الاطلاقات ومن
جملة الاسقاطات لان تصرف الوكيل قبل التوكيل في مال الموكل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل
اسقطه فيكون اسقاطا فيقبل التعليق والعزل منهما من باب الالتزامات فيجوز اضافتهما الى الزمان
وتعليقها بالشرط الملائم على ما بينا في الكفالة بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقه بالشرط المتعارف
مطلقا لما ذكرنا والايصاء بالمال او باقامة شخص مقام نفسه في التصرف لا يكون الا مضافا لان
حقيقتها تمليك بعد الموت او توكيل بعد الموت فيجوز تعليقها واضافتها اما الايصاء الى شخص فلانه توكيل
وقد بينا انه يجوز تعليقه بالشرط واما الوصية بالمال فلان لفظها ينبئ عن التمليك بعد الموت
اذ لا يتصور ان يكون للحال والامارة والقضاء والامارة تولية وتفويض محض فجاز اضافته وتعليقه
بالشرط **واما الثالث** وهو ما لا يصح اضافته الى الزمان فتسعة البيع واجازته وفسخه
والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين لان هذه الاشياء
تمليكات فلا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار والله اعلم

كتاب الصرف

قال رحمه الله هو بيع بعض الاثمان ببعض كالذهب والفضة اذا بيع احدهما بالآخر او بجنسه هذا
في الشرع وفي اللغة له تفسيران **احدهما** الفضل قاله الخليل ومنه سمي التطوع من العبادات صرفا
لانه زيادة على الفرائض قال عليه السلام من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا اي نفلا
ولا فرضا وسمي هذا البيع به لانه لا ينتفع به ولا يطلب منه الا الزيادة **والثاني** النقل والرد
قال الله تعالى ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم وسمي به على هذا الاعتبار للحاجة الى النقل في بدليه
من يد الى يد قبل الافتراق **قال** فلو تجانسا شرط التماثل والتقابض وان اختلفا جودة وصياغة
والا شرط التقابض يعني اذا بيع جنس الاثمان بجنسه كالذهب بالذهب والفضة بالفضة يشترط
فيه التساوي والتقابض قبل الافتراق ولا يجوز التفاضل فيه وان اختلفا في الجودة والصياغة
وان لم يكونا من جنس واحد بان باع الذهب بالفضة يشترط التقابض فيه ولا يشترط التساوي
لحديث عبادة بن الصامت انه عليه السلام قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة الى ان قال مثلا
بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم
واحمد وغيرهما وقال عمر رضي الله عنه الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل الى ان قال
وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما قبل الافتراق كيلا يكون افتراقا عن
دين بدين ولا بد من قبض الآخر لعدم الاولوية او تحقيقا للمساواة بينهما لان للمعجل مزية على النسيئة
لا يقال على عرض التوى دونه ولا فرق في ذلك بين ان يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر او لا يتعينان
كالمضروب او تعين احدهما دون الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان مما يتعين بالتعيين ففيه شبهة

عدم التعين لكونه من جنس الاثمان خلقة ثم اختلفوا في القبض هل هو شرط صحة العقد او صحة البقاء على
الصحة فقيل هو شرط الصحة فعلى هذا ينبغي ان يشترط القبض مقرونا بالعقد الا انا جعلنا ما قبل
الافتراق جعلت كحالة العقد تيسيرا فاذا وجد القبض فيه يجعل كانه وجد حالة العقد فيصح وقيل
هو شرط البقاء على الصحة ولا يحتاج الى هذا التقدير والشرط ان يتقابضا قبل الافتراق بالابدان حتى لو ناما
او اغمي عليهما في المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض او بما يدل
عليه **قال** فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح ان تقابضا في المجلس لان المستحق هو القبض
قبل الافتراق دون التسوية لما روينا فلا يضره الجزاف وان افترقا قبل قبضهما او قبل قبض احدهما
بطل لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار والاجل لان الخيار يمنع استحقاق
القبض ما دام الخيار باقيا لان استحقاقه مبني على الملك والخيار يمنعه وبالاجل يفوت القبض
المستحق بالعقد شرعا الا اذا اسقط الخيار او الاجل في المجلس فيعود صحيحا لزوال المفسد قبل تقرره ولو
باع الفضة او الذهب بجنسه مجازفة ثم علما تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا يصح وقال زفر يصح
لان التساوي حق الشرع وقد وجد حالة العقد قلنا التسوية شرط واجب علينا فيجب تحصيله بفعلنا
اما وجوده في علم الله تعالى لا يصلح شرطا للجواز لان الاحكام تبتنى على فعل العباد دفعا لمعنى الابتلاء
قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه بان باع دينارا بدراهم واشترى بها ثوبا
فسد بيع الثوب لانه يكون فوات القبض المستحق بالعقد ولا يقال ينبغي ان يجوز العقد في الثوب
كما نقلت عن زفر اذ النقود لا تتعين في العقود والفسوخ دينا كانت او عينا الا ترى انه لو اسلم دينارا في
المسلم فيه جاز السلم حتى اذا اسلم اليه رب السلم قدر الدين قبل الافتراق تم السلم ولو تعين لما صح لكونه
كاليا بكالي لانا نقول هو كذلك لا يتعين لكن انما فسد لاشتراط تسليم الثمن على غير العاقد لان
تعين الدين يجوز اشتراطا على من عليه الدين بان يوفيه وهو شرط مفسد كما اذا اشترى شيئا على ان يكون
الثمن على غيره الا ترى انه لو كان له دين على شخص فاشترى به شيئا من غير من عليه الدين لا يجوز لهذا
المعنى ونقول كل واحد من بدلي الصرف مبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه هذا اذا لم يكن متعينا
بالتعيين كالمضروب واما اذا كان متعينا كالمصوغ والتبر فانه لا يجوز بالاتفاق لانه يكون بيع المبيع
قبل القبض وهو لا يجوز على ما بينا من قبل **قال** ولو باع امة مع طوق قيمته الف بالفين
ونقد من الثمن الفا فهو ثمن الطوق وان اشتراها بالفين الف نقد والف نسيئة فالالف النقد ثمن
الطوق يعني لو باع امة في عنقها طوق فضة وزنه الف مثقال مع الطوق وقيمتها الف
بالفي مثقال ونقد منه الفا كان المنقود ثمن الطوق وان اشتراها بالف نسيئة وبالف حالة
كان الحال ثمن الطوق وفي عبارة الشيخ تسامح فانه قال قيمته الف اي قيمة كل واحد من الجارية
والطوق الف درهم ولا يعتبر في الطوق القيمة وانما يعتبر القدر عند المقابلة بجنسه وهذا
لا يحتاج فيه الى بيان قيمة الجارية لان قدر الطوق صار مقابلا بالطوق والباقي بالجارية قلت
قيمتها او كثرت تحريا للجواز فلا فائدة في بيان قيمتها ولا في بيان قيمة الطوق الا اذا قدر الثمن
خلاف جنس الطوق بان كان فضة والثمن ذهب او بالعكس فحينئذ يفيد بيان قيمتهما لان الثمن يقسم

عليهما على قدر قيمتهما وكذا المراد في قوله فالالف ثمن الطوق اي الالف الحال ثمن الطوق وانما كان كذلك
لان حصة الطوق يجب قبضه في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منهما الاتيان بالواجب لان دينهما
وعقلهما يمنعهما من مباشرة ما لا يجوز شرعا فيصرف المتاخر الى الجارية والمقبوض والحال الى الطوق
لاحسان الظن بالمسلم ولو كان الثمن موجلا فسد البيع في الجميع عند ابي حنيفة وقالا يفسد في
الطوق دون الجارية لان القبض ليس بشرط في حصتها فيقتصر الفساد بقدر المفسد على ما بينا ولابي حنيفة
ان الفساد مقارن فيتعدى الى الجميع كما لو جمع بين عبد وحر في البيع بخلاف الفساد في المسالة الاولى
فانه طار فلا يتعدى الى غيره كما اذا اشترى عبدين فهلك احدهما قبل القبض او استحق بعده **قال**
وان باع سيفا حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهو حصتها وان لم يبين او قال من ثمنهما يعني
كون المنقود حصة الحلية وان لم يبين انه حصتها او قال خذ هذا من ثمنهما اما اذا لم يبين فلما ذكرنا
ان امرهما يحمل على الصلاح واما اذا قال خذ هذا من ثمنهما فان المثنى قد يراد بها الواحد منهما
قال الله تعالى فنسيا حوتهما والناسي احدهما وقال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما
وقال عليه السلام اذا سافرتما فاذنا واقيما والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حالهما بالاسلام
ولهذا لو قال لامراتيه اذا حضتما حيضة او ولدتما ولدا فانتما طالقان فولدت او حاضت
احداهما طلقتا لانه يراد به احداهما لاستحالة اجتماعهما في ولد واحد او حيضة واحدة علا
ما اذا قال ان حضتما او ولدتما فانتما طالقان حيث يعتبر وجوده منهما للامكان وعلى هذا لو قال
خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف لا يبطل ايضا ويجعل المقبوض من ثمن الحلية
لانه لو قال بان الكل ثمن السيف يكون المقبوض ثمن الحلية لان السيف مع الحلية شي واحد
فيجعل المنقود عوضا منه ولان مراده ان يسلم له كل الثمن ولا يسلم له الا بهذا الطريق **قال**
ولو افترقا بلا قبض صح في السيف دونها ان تخلص بلا ضرر والا بطلا يعني بطل العقد فيهما لان حصة
الصرف يجب قبضه قبل الافتراق واذا لم يقبض حتى افترقا بطل فيه لفقد شرطه وكذا في السيف
ان كان لا يتخلص الا بضرر لتعذر تسليمه بدون الصرف فصار كبيع جذع من سقف وان كان يتخلص
بدونه جاز للقدرة على التسليم فصار نظير بيع الجارية مع الطوق وذكر في النهاية معزيا الى
المبسوط فقال لو قال خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الاخر نعم او قال لا ويفترقا
على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد او الاضافة ولا
مساواة بعد تصريح الدافع فيكون المدفوع من ثمن السيف خاصة والقول في ذلك قوله لانه
هو المملك فيكون اعرف بجهته **قال** الراجي عفو ربه يمكن ان يكون هذا كالمسالة المتقدمة من انه
ينصرف الى الحلية على ما بينا ويحمل انه على التفصيل المتقدم يعني ان كانت الحلية تتخلص بغير ضرر
صح في السيف خاصة والا فيبطل في الكل وفي المحيط لو قال هذا من ثمن النصل خاصة نظر
ان لم يمكن التمييز الا بضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعا لانه قصد صحة البيع ولا
صحة له الا بصرف المنقود الى الصرف فحكمنا بجوازه تصحيحا للبيع وان امكن تمييزها بغير ضرر
بطل الصرف لانه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع ويجوز البيع بدون جواز الصرف فعلى هذا

ما ذكر في المبسوط محمول على ما اذا كانت الحلية تتخلص من غير ضرر توفيقا بينه وبين ما ذكر في المحيط
هذا اذا علم ان الفضة التي من الثمن اكثر مما في الطوق والحلية وان علم انها مثله او اقل منه لا يجوز
للربا وان كان مجهولا لا يجوز وقال زفر يجوز لان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن
العوض فما لم يعلم يكون العقد محكوما بجوازه وجه الاول ان العلم بالمساواة عند العقد شرط
لصحة البيع وهذا لانه يتصور ان يكون اقل منه او مثله او اكثر فيجيء الفساد من وجهين بالكثرة
والجزم **قال** ولو باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض والاناء مشترك
بينهما يعني اذا باع اناء فضة او ذهب لانه صرف ويبطل بالافتراق قبل القبض فيتقدر الفساد بقدر
ما قبض ولا يشيع لانه طار ولا يكون هذا تفريق الصفقة ايضا لان التفريق من جهة الشرع باشتراط
القبض لا من العاقد ولا يثبت للمشتري خيار العيب ايضا بالشركة لان الشركة حصلت من جهته وهو
عدم النقد قبل الافتراق بخلاف ما اذا هلك احد العبدين قبل القبض حيث يثبت الخيار في اخذ الباقي
لانه لم يوجد منه الصنع وبخلاف ما اذا استحق بعض الاناء على ما يجيء **قال** وان استحق بعض
الاناء اخذ المشتري ما بقي بقسطه او رد لان الشركة في الاناء عيب لان التشقيص يضره وهذا العيب
كان موجودا عند البيع مقارنا له بخلاف المسالة الاولى وهي ما اذا اشترى اناء فضة وافترقا قبل
ان نقد عليه بعض الثمن حيث لا يرد لان التفريط جاء من جهة المشتري على ما بينا **قال** ولو
باع قطعة نقرة فاستحق بعضها اخذ ما بقي بقسطه بلا خيار لان الشركة فيها ليست بعيب اذ
التشقيص لا يضرها بخلاف الاناء لكن ان استحق قبل القبض بعضه يثبت له الخيار لتفرق الصفقة
عليه كما اذا اشترى عبدين فاستحق احدهما قبل القبض وكذلك يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه
قبل التمام لا من قبله بخلاف ما اذا استحق بعد القبض لان الصفقة قد تمت بالقبض **قال**
وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين وكر بر وشعير بضعفهما بان يبيعهما بكري بر وكري شعير
وانما جاز لانه يجعل كل جنس منهما بخلاف جنسه وقال زفر والشافعي لا يجوز هذا العقد اصلا لان
مقابلة الجملة بالجملة يقتضي الانقسام على الشيوع لا على التعيين ففي حمله على خلاف الجنس تغيير له
فلا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف لان تغيير التصرف لا يجوز لتصحيح التصرف فصار كما اذا
اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة بخمسة وعشرين لا يصح وان امكن تصحيحه بصرف
كل الربح الى الثوب وكذا لو اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد اخر بالف
وخمسمائة لا يصح في المشترى بالف لانه اشترى ما باع باقل مما باع وان امكن تصحيحه بصرف
الالف الى المشترى وكذا لو جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يصح للتنكير وان
امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا لو باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم تفرقا قبل القبض
بطل العقد في الدرهمين لانه صرف فيهما وان امكن تصحيحه بصرف كل درهم من جانب الى
الثوب من الجانب الاخر **ولنا** ان في صرف الجنس الى خلافه تصحيح العقد وفي جنسه فساده
ولا معارضة بين الفاسد والصحيح لان الصحيح مشروع باصله ووصفه والفاسد باصله دون
وصفه ولان العقد يقتضي مطلق المقابلة من غير ان يتعرض لعقد لا مقابلة الكل بالكل

مشروع

بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد من جنسه ولا من خلاف جنسه لما عرف ان المطلق غير متعرض للعقد
ولان مع هذا الجنس لو وجد لا يوجد الا مقيدا لتعذر وجود ذات بدون صفة وان كان اللفظ غير متعرض
للصفة بل للذات فقط على ما عرف في موضعه فيحمل على المقيد المصحح عند تعذر العمل بالاطلاق
الا ترى انه لو قال عند المقابلة على ان يكون الجنس بخلاف الجنس صح ولو كان كما قاله لما صح فكان
حمله على المقيد المصحح اولى من حمله على المقيد المفسد وهو مقابلة الجملة بالجملة تحريا للصحة
الا ترى ان الكلام اصله ان يكون مستعملا في حقيقته ثم اذا تعذرت الحقيقة حمل على المجاز
المجاز اذا كان لا يصح الا بالحمل عليه ولئن كان تغييرا فهو تغيير للوصف لا تغيير لاصل المقابلة اذ
هي موجودة لان اصل المقابلة فيه افادة الملك في الكل بمقابلة الكل وذلك لم يتغير والدليل
على انه يحمل عليه عند التعذر طلبا للصحة انه لو باع الجنس بالجنس بان باع دينارين بدينارين
مثلا فقبض كل واحد منهما دينارا ثم افترقا صح البيع في المقبوض كله ولو كان كما قاله لما صح الا
في نصف كل واحد من المقبوضين لان مقابلة الشيوع تقتضي ان يكون نصفه مقابلا بالمقبوض
ونصفه بغير المقبوض فيبطل حصة غير المقبوض وكذا لو باع درهما بدرهمين يبطل العقد
لان الدرهم يقابل الدرهم والدرهم الاخر يبقى فضلا فلذلك لم يجز فسادا كما لو باع عبدا مشتركا
بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه تصحيحا للعقد وكذا لو باع عبدا بالف درهم وفي البلد
نقود مختلفة فانه ينصرف الى المتعارف لما قلنا بخلاف مسئلة المرابحة فانه يصير تولية في القلب
يصرف كل الربح الى الثوب والتولية تضاد المرابحة فكان ابطالا له اصلا وفي الثانية طريق
التصحيح غير متعين لانه كما يمكن تصحيحه بصرف الالف الى العبد المشترى يمكن تصحيحه ايضا
بصرف الالف ومائة اليه او الالف ومائتين الى غير ذلك من الصور وفي هذا نظر فان الطرق
متعددة في مسئلة الكتاب ايضا فانه يجوز صرف الدينار الى الدينار والدرهم الى الدرهم والدينار
الى الدرهم كما يجوز صرف الدرهمين الى الدينارين والدرهم الى الدينار وجوابه انه اقل تغييرا فكان
اولى وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر فلا ينصرف الى المعين للتضاد بينهما اذ المنكر ليس بمحل للبيع
وفي الرابعة وقع العقد صحيحا سواء كان الجنس مقابلا بالجنس او بخلافه والفساد بعد الصحة
عارض بالفراق لا عن قبض اذ القبض شرط البقاء على الصحة وصرف الجنس الى خلافه شرط التصحيح
العقد ابتداء وهو صحيح بدونه فلا حاجة الى الصرف الى الجنس لان الفساد بعده موهوم لاحتمال
عدم التقابض وفي الابتداء محقق فلابد من الصرف الى الجنس لينعقد صحيحا ثم الاصل في هذا الباب
ان احد البدلين يجب قسمته على البدل الاخر وتظهر فائدته في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند
الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة ثم ان كان العقد مما لا ربا فيه فان كان
لا تتفاوت احاده فالقسمة على الاجزاء وان كانت تتفاوت فالقسمة على القيمة وان كان مما فيه
الربا تجب قسمته على الوجه الذي يصح فيه العقد لا غير قال وباحد عشر درهما بعشرة دراهم
ودينار يعني يجوز فتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم تصحيحا للعقد على ما بينا قال
ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة يعني يجوز بيعه لانهما جنس واحد

نصف صح

فيعتبر

فيعتبر التساوي في القدر دون الوصف والغلة هي الدراهم المقطعة وقيل هو ما رده بيت
المال ويأخذه التجار ولا ينافي احتمال ان تكون هي المقطعة قال رحمه الله ودينار بعشرة
عليه او بعشرة مطلقة ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة اي يجوز ذلك ومعناه ان يكون
لرجل على اخر عشرة دراهم دين فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة التي عليه او بعشرة
مطلقة ودفع الدينار اليه ثم تقاصا العشرة بالعشرة فكلاهما جائز اما اذا قابل الدينار بالعشرة
التي عليه ابتداء فلانه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعينها وذلك جائز اجماعا لان تعين احد
العوضين بالقبض في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعين الاخر للاحتراز عن الربا ولا ربا في
دين يسقط وانما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته بان يتوى عليه ويسلم المقبوض عن التوى ومعلوم ان
السالم منهما ازيد من الذي على خطر التوى فيتحقق الفضل الا ترى انهما لو تصارفا دراهم دينا بدنانير
دين يصح لفوات الخطر لان كل واحد منهما تاويا قبل البيع ويسقط بالبيع واما اذا باعه بعشرة مطلقة
ثم تقاصا فالمذكور هنا استحسان والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه يكون استبدالا ببدل
الصرف لان الذي وجب بالصرف غير الدين الذي كان عليه وهذا لانه وجب بالصرف دين
يجب تعينه بالقبض احترازا عن الربا والدين الذي كان عليه لا يجب قبضه فكانا غيرين الا ترى ان
المقاصة لا تقع بنفس العقد لعدم المجانسة فيكون التقاص بعد ذلك استبدالا ببدل الصرف لانه
اخذ ما في ذمته بدل ما وجب له عليه من ثمن الدينار فلا يجوز ولهذا لا يجوز في رأس مال السلم وجه
الاستحسان انهما لما تقاصا يتضمن انفساخ الاول وانعقاد صرف اخر غير الاول مضافا الى العشرة
الدين اذ لولا ذلك لكان استبدالا ببدل الصرف فيثبت الاضافة اقتضاء كما لو تبايعا بالف ثم جدداه
بالف وخمسمائة فان البيع الاول ينفسخ ضرورة ثبوت الثاني اقتضاء فكذا هذا ولا فرق في ذلك بين
ان يكون الدين موجودا قبل عقد الصرف او حصل بعده وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث بعد عقد
الصرف لانه يكون تقاصا بدين يجب والاول هو الاصح لان التقاص هو الذي يتضمن الفسخ للصرف
الاول وانشاء صرف اخر فيكتفى بوجود الدين عنده لانه يكون عقدا جديدا من ذلك الوقت من غير استناد
الى ما قبله فلا حاجة الى سبق وجوبه بخلاف رأس مال السلم حيث لا يجوز جعله قصاصا بدين اخر مطلقا
مقدما كان او متأخرا لان المسلم فيه دين ولو صحت المقاصة برأس المال يصير افتراقا عن دين بدين
وهو منهي عنه ولان جواز السلم مخالف للقياس رخصة وهو اخذ عاجل باجل للضرورة فاذا لم يقبض
شيئا فلا ضرورة فلا يجوز ولهذا لا يجوز اضافته الى الدين ابتداء بان يجعل الدين الذي على المسلم اليه رأس
مال السلم بخلاف الصرف قال رحمه الله وغالب الفضة والذهب فضة وذهب حتى لا يصح بيع
الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا وزنا ولا يصح الاستقراض بها الا وزنا لانهما لا يخلو
عن قليل غش اذ هما لا ينطبعان عادة بدونه وقد يكون الغش فيهما خلقة فيعسر التمييز بين المخلوط والخلقي
فيلحق القليل من الغش بالرداءة والردي والجيد منهما سواء عند المقابلة بالجنس فيجعل الغش الذي فيهما
معدوما حتى لا يكون له اعتبار اصلا بخلاف ما اذا كان الغش هو الغالب عليهما حيث يعتبر الفضة
والذهب الذي فيه على ما نذكر من الفرق من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله وغالب الغش

للبيع حكم الدراهم والدنانير لأن العبرة للغالب في الشرع قال فصح بيعها بجنسها متفاضلا أي
بالمغشوش مثلها عددا أو وزنا لأن الغش من كل واحد منهما مقابل بالفضة أو الذهب الذي في الآخر فلا يتحقق
التفاضل فيهما لاختلاف الجنس ويشترط التقابض قبل الافتراق لأنه صرف في البعض لوجود الفضة أو
الذهب من الجانبين ويشترط في الغش أيضا لأنه لا يتميز إلا بضرر بخلاف بيع درهم بدرهم وثوب حيث
لا يشترط القبض إلا في الدرهمين وكذا إذا بيعت بالفضة الخالصة أو الذهب الخالص لا بد أن يكون
الخالص أكثر من الفضة أو الذهب الذي في المغشوش حتى يكون قدره بمثله والزائد بالغش على مثال
بيع الزيتون بالزيت والجارية وحليها بالفضة فاعتبر الفضة أو الذهب المغلوب بالغش هنا حتى لا يجوز
بيعه بجنسه إلا على طريق الاعتبار ولم يعتبر الغش المغلوب بالفضة أو الذهب بل جعل كأن كله فضة أو
ذهب ومنع بيعه متفاضلا والفرق بينهما أن الفضة المغلوبة أو الذهب المغلوب موجود حقيقة حالا
من حيث اللون ومآلا بالإذابة فإن الفضة والذهب يخلصان منه بالإذابة فكانا موجودين حقيقة
وحكما حتى يعتبر ما فيه من الفضة والذهب من النصاب في الزكاة أيضا بخلاف الغش المغلوب بهما
لأنه يحترق ويهلك ولا لون له في الحال أيضا فلا يمكن اعتباره أصلا حتى لو عرف أن الفضة أو الذهب
الذي فيه الغش الغالب يحترق ولا يخرج منه شيء كان حكمه كحكم النحاس الخالص حتى لا يكون للفضة أو
الذهب الذي فيه اعتبار أصلا ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا إن كان موزونا للربا ومشايخنا
رحمهم الله لم يفتوا بجواز التفاضل في الغطارفة والعدالي وإن كان الغالب فيهما الغش لأنها أعز الأموال
في ديارهم في ذلك الزمان فلو أبيح التفاضل فيها لانفتح باب الربا قال والتبايع والاستقراض بما
يروج عدا أو وزنا أو بهما لأن المعتبر فيما لا نص فيه العادة وهذا لأنها لما كان الغالب فيها الغش
صارت كالفلوس فيعتبر فيها عادات الناس كما يعتبر في الفلوس العادة في المعاملة بها حتى إذا كانت
تروج بالوزن فبالوزن وإن كانت تروج بالعدد فبالعدد وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما
قال رحمه الله ولا يتعين بالتعيين لكونها أثمانا يعني ما دامت تروج لأنها بالاصطلاح صارت
أثمانا فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل الثمنية لقيام المقتضي قال ويتعين بالتعيين
إن كانت لا تروج لزوال المقتضي للثمنية وهو الاصطلاح وهذا لأنها في الأصل سلعة وإنما صارت
أثمانا بالاصطلاح فإذا تركوا المعاملة بها رجعت إلى أصلها وإن كان يأخذها البعض دون البعض
فهي مثل الدراهم الزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها إن كان البائع يعلم بحالها وإن كان لا يعلم بحالها وباع
بها على ظن أنها دراهم جياد تعلق حقه بالجياد لوجود الرضا بها في الأولى ولعدمها في الثانية
قال والمتساوي كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش يعني
الذي استوى غشه وفضته أو غشه وذهبه حكمه في التبايع والاستقراض كحكم الدراهم التي غلب
عليها الفضة حتى لا يجوز بيعها ولا إقراضها إلا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة لأن الفضة
فيها موجودة حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب اعتبارها بالوزن شرعا كالحنطة في سنبلها إلا أن
تشير إليها في المبايعة فيكون بيانا لقدرها ووصفها كما لو أشار إلى الدراهم الجيدة ولا ينتقض
العقد بهلاكها قبل التسليم ويعطيه مثلها لأنها ثمن فلم يتعين وفي الصرف حكمه كحكم فضة غلب عليها

الغش

الغش حتى إذا باعها بجنسها جاز على حكم الاعتبار ولو باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى يكون الخالصة
أكثر مما فيه الفضة لأنه لا غلبة لأحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما فصار كما لو جمع بين فضة وقطعة
نحاس فباعهما بمثلهما أو بفضة فقط وفي فتاوى قاضي خان إن كان نصفها صفرا ونصفها فضة لا يجوز
فيه التفاضل فظاهره أنه أراد به فيما إذا بيعت بجنسها وهو خلاف ما ذكر هنا ووجهه أن فضتها لما
لم تصر مغلوبة جعلت كأن كلها فضة في حق الصرف احتياطا قال ولو اشترى به أو بفلوس نافقة
شيئا وكسد بطل البيع أي اشترى بالدراهم التي غلب عليها الغش أو بالفلوس وكان كل واحد منهما نافقا
حتى جاز البيع لقيام الاصطلاح على الثمنية ولعدم الحاجة إلى الإشارة لالتحاقها بالثمن ثم كسدت
بطل البيع وكذا إذا انقطعت عن أيدي الناس يبطل البيع ويجب على المشتري رد المبيع إن كان قائما وإلا
مثله إن كان من ذوات الأمثال وإلا قيمته وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا
يبطل لأن العقد قد صح لبقاء الاصطلاح على الثمنية عند وجوده وإنما تعذر التسليم بعده بالكساد
وذلك لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج فصار كما لو اشترى شيئا بالرطب ثم انقطع عن أيدي
الناس وإن لم يبطل البيع عندهما وقد تعذر تسليمه تجب قيمته لكن تعتبر قيمته يوم البيع عند أبي يوسف
لأن الثمن صار مغصوبا كالمغصوب فإنه تعتبر قيمته يوم الغصب لأنه مضمون به وعند محمد تعتبر قيمته
يوم الكساد وهو آخر ما تعامل الناس بها لأنه يوم الانتقال إلى القيمة لأن المسمى كان واجب
التسليم إلى أن ينقطع فإذا انقطع انتقل إلى القيمة للعجز فتعتبر قيمته يومئذ ولأبي حنيفة رحمه الله
أن الثمنية بالاصطلاح فتبطل الثمنية لزوال الموجب والمقتضي لها فيبقى البيع بلا ثمن فيبطل
ولا يقال إن العقد تناول عينها والعين باقية بعد الكساد وهي مقدورة التسليم لأنا نقول تناولها
بصفة الثمنية وبالكساد تنعدم الصفة بخلاف انقطاع الرطب فإنه يعود غالبا في العام القابل فلم يكن
هلاكا من كل وجه فلم يبطل وفي النحاس وأمثاله الأصل هو الكساد لعدم الانتفاع بعينه فإذا كسد رجع
إلى أصله على وجه يغلب على الظن أنه لا يعود لأن الشيء إذا رجع إلى أصله قل ما يزول وحد الكساد أن يترك
المعاملة بها في جميع البلاد وإن كان يروج في بعض البلاد لا يبطل البيع لأنه يتعيب إذا لم يرج في بلدهم
فيتخير البائع إن شاء أخذه وإن شاء أخذ قيمته وحد الانقطاع أن لا يوجد في السوق وإن كان يوجد
في يد الصيارفة وفي البيوت قال وصح البيع بالفلوس النافقة وإن لم يعين لأنها أموال معلومة
وصارت ثمنا بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجبت في الذمة كالدراهم والدنانير وإن عينها لا تتعين
لما أنها صارت ثمنا باصطلاح الناس وله أن يعطيه غيرها لأن الثمنية لا تبطل بتعيينها لأن التعيين
يحتمل أن يكون لبيان قدر الواجب ووصفه كما في الدراهم ويجوز أن يكون لتعلق الحكم بعينها فلا يبطل
الاصطلاح بالمحتمل ما لم يصرحا بإبطاله بأن يقولا أردنا به تعلق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق العقد
بعينها بخلاف ما إذا باع فلسا بفلسين بأعيانهما حيث يتعين من غير تصريح لأنه لو لم يتعين لفسد البيع
على ما بينا من قبل فجاز فيه ضرورة تحريا للجواز وهنا يجوز على التقديرين فلا حاجة إلى إبطال الاصطلاح
وهذا يتأتى على قولهما وعلى قول محمد لا يتعين وإن صرحا به وأصل الخلاف أن اصطلاح العامة لا يبطل
باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما يبطل في حقهما لعدم ولاية الغير عليهما فلا يلزمهما قال

وبالكاسدة لا حتى يعينها اي اذا باع بالفلوس الكاسدة لا يجوز البيع حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها **قال** ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند ابي حنيفة يجب رد مثلها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجب عليه رد قيمتها لانه تعذر ردها كما قبضها لان المقبوض ثمن والمردود ليس بثمن ففات المماثلة فيجب القيمة كما لو استقرض مثليا فانقطع عن ايدي الناس لكن عند ابي يوسف تعتبر قيمته يوم القبض وعند محمد يوم الكساد وقول محمد انظر في حق المستقرض لان قيمته يوم الانقطاع اقل وهذا في حق المقرض بالنظر الى قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف ايسر لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا يعرف الا بحرج ولابي حنيفة ان القرض اعارة وموجبها رد العين معنى وذلك يتحقق برد مثله والثمنية زيادة فيه لان صحة القرض لا تعتمد الثمنية بل تعتمد المثل وبالكساد لم يخرج من ان يكون مثليا ولهذا صح استقراضه بعد الكساد وصح استقراض ما ليس بثمن كالجوز والبيض والمكيل والموزون وان لم يكن ثمنا ولولا انه اعارة في المعنى لما صح لانه يكون مبادلة الجنس بالجنس نسيئة وانه حرام فصار المردود عين المقبوض حكما فلا يشترط فيه الرواج كرد العين المغصوبة والقرض كالغصب اذ هو مضمون بمثله والاختلاف مبني على الاختلاف فيمن غصب مثليا كالرطب مثلا ثم انقطع عن ايدي الناس يجب عليه قيمته بالاجماع لكن عند ابي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند ابي يوسف يوم البيع وعند محمد يوم الانقطاع ووجه البناء عندهما ظاهر وهذا عند ابي حنيفة لان قيمتها كاسدة وعينها سواء في يوم الخصومة فلا فائدة لايجاب القيمة والعدول عن العين بل ايجاب العين اولى لانه اعدل من القيمة وانما عدل في الغصب الى القيمة لتعذر رد العين بالانقطاع **قال** ولو اشترى شيئا بنصف درهم فلوس صح وعليه فلوس تباع بنصف درهم وعلى هذا لو قال بثلث درهم او بربعه او بدانق فلوس او بقيراط فلوس وقال زفر لا يجوز لانه بيع اما بقيمة نصف درهم فضة او بفلوس وزنه نصف درهم وكلاهما لا يجوز **اما** الاول فلانه باعه بقيمة غيره ولو باعه بقيمة نفس المبيع لا يجوز فبقيمة غيره اولى فصار نظير ما لو باع جارية بقيمة عبد **واما** الثاني فلان الفلوس مقدر بالعدد لا بالوزن ولهذا لا يجوز في الاكثر منه بهذا الطريق فكذا في القليل ويجوز لمن اشترى بفضة على ان يعطي بدلها فلوسا فيفسد قلنا البياع بهذا الطريق متعارف في القليل وهو معلوم بين الناس لا يتفاوت قيمة الفضة فيها فلا يودي الى النزاع بخلاف ما اشتهر به لانه مجهول فيفضي الى النزاع ولو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد لان الجواز للعادة ولم يوجد في الدرهم وقال ابو يوسف يجوز في الكل لانه معلوم عند الناس ولا يتفاوت قيمة الفضة من الفلوس فصار كما لو بين عدد الفلوس ولنا ان يمنع **قال** ومن اعطى صيرفيا درهما فقال اعطني به نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة صح لانه قابل الدرهم بنصف درهم فلوس وبنصف درهم الا حبة من الفضة فيكون نصف درهم الا حبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس ولو قال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة بطل في الكل على قياس قول ابي حنيفة وعندهما صح البيع في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة لان الفساد عندهما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد وعنده يفسد واصل الخلاف ان العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني نصفا الا حبة جاز في الفلوس وبطل في الفضة بالاجماع وقد مر نظيره فيما اذا جمع بين حر وعبد وحكى

ثم ان افترقا في هذه المسألة قبل ان يقبض الفلوس والنصف الا حبة بطل في النصف الا حبة لان العقد فيه صرف وقد افترقا قبل قبض احد البدلين ولا يبطل في الفلوس لان العقد فيها بيع فيكفي قبض احد البدلين ولو لم يعط الدرهم ولم يأخذ هو الفلوس حتى افترقا بطل في الكل لانهما افترقا عن دين بدين فثبت بمجموع ما مضى ان الاموال انواع نوع ثمن بكل حال كالنقدين صحبه الباء او لا قوبل بجنسه او بغير جنسه ونوع مبيع بكل حال كالثياب والدواب والعبيد ونوع ثمن من وجه مبيع من وجه كالمكيل والموزون غير النقدين فانه ان كان معينا في العقد كان مبيعا وان لم يكن معينا وصحبه الباء وقوبل بالمبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل كالفلوس فان كان رائجا فهو ثمن وان كان كاسدا فهو سلعة مثمن وهذا لان الثمن ما يثبت في الذمة عند العرب كذا ذكره الفراء والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا في الذمة فكانت ثمنا بكل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والمكيل والموزون غير النقدين تستحق بالعقد عينا تارة ودينا اخرى فكان ثمنا في حال مبيعا في حال ومن حكم الثمن ان لا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد بفوات تسليمه ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم ومن حكم المبيع ان يشترط وجوده قبل العقد في غير السلم وان لا يصح الاستبدال به قبل قبضه ومن شرطهما ان لا يجوز التفاضل عند المقابلة بالجنس في المقدرات وان يجب تعيينهما فيما يتعين وقبضهما فيما لا يتعين وفي غير المقدرات يجب تعيينهما فقط وان قوبل بجنسه فان كان البدلان من المقدرات يجب تعيينهما ان كانا يتعينان بالتعيين ان جمعهما القدر كالحنطة والشعير وان كانا لا يتعينان يجب قبضهما كالذهب والفضة وان لم يجمعهما القدر كالحنطة والفضة او الفلوس مع احد النقدين او كان احدهما مقدرا والاخر غير مقدر كالثياب مع النقدين وغيرهما من المقدرات يجب تعيين احد البدلين دون الاخر فلا يكون كالي بكالي والله اعلم بالصواب

كتاب الكفالة

وهي مطلق الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقال عليه السلام انا وكافل اليتيم كهاتين اي ضام اليتيم الى نفسه **قال** هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة هذا في الشرع وقيل ضم ذمة الى ذمة في الدين لانه مطالب بالدين والمطالبة به ولا دين محال وهذا لان المطالبة بانتفاء الدين فرع وجوب الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل والاحكام تشهد لهذا الا ترى انه لو وهب الطالب الدين من الكفيل صح ويرجع به على الاصيل وهبة الدين من غير من عليه الدين لا يصح وكذا لو اشترى الطالب بالدين شيئا من الكفيل صح والشراء بالدين لا يجوز الا ممن عليه الدين ولا يلزم من وجوب الدين عليهما ان يكون الاستيفاء لان الدين الواحد لا يمكن استيفاؤه مرتين ويمكن وجوبه على شخصين كالغاصب وغاصب الغاصب فان الدين واجب عليهما ولا يستوفيه الا من احدهما ايهما شاء والاول اصح لانه يستحيل ان يجب دينان ولا يستوفى الا احدهما واما وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن الا ترى انا لو كيل بالشراء يطالب بالدين ويجب على الموكل حتى لو ابراه البائع صح وكذا الولي والوصي يطالبان بدين على الصغير وليس عليهما دين والمولى يطالب بدين على عبد المأذون او بثمنه عند طلب الغرماء بيعه ولا دين عليه فاذا امكن ايجاب المطالبة عليه من غير لزوم الدين فلا حاجة الى ايجاب الدين عليه لانه محال في الحقيقة لما فيه من جعل الدين الواحد دينين فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا وهب الدين له او اشترى به منه شيئا فحينئذ يقدر الدين على الكفيل ضرورة

تصحيح تصرفه فيجعل في حكم دين ولا ضرورة قبله فلا حاجة الى هذا التقدير وفي الغاصب وغاصب الغاصب
لا يجب له الا دين واحد على احدهما غير عين فلهذا اذا اختار احدهما ليس له ان يطالب الآخر لتضمنه التمليك
منه وبهذا تفسير الكفالة وسببها مطالبة من له الحق للتوثق بتكثير محل المطالبة او تيسير وصول حقه
اليه وركنها الايجاب والقبول عندهما خلافا لابي يوسف آخرا وشرطها ان يكون الدين دينا صحيحا
بخلاف بدل الكتابة على ما يجيء في موضعه وان يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل واهلها ان يكون
الكفيل من اهل التبرع كالعبد المأذون له في التجارة والمكاتب والصغير وكذا لا يصح من المريض الا من
الثلث لانه لا يملك التبرع بأكثر منه وانواعها في الاصل نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة
بالمال نوعان كفالة بالديون فيجوز مطلقا اذا كانت صحيحة وكفالة بالاعيان وهي نوعان كفالة باعيان
مضمونة فتصح الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمهور وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك وكفالة
باعيان هي امانة غير واجب التسليم كالودائع والمضاربات والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم
فلا تصح الكفالة بها اصلا وكفالة باعيان هي امانة واجب التسليم كالعارية والمستأجرة او بعين
مضمونة بغيره كالمبيع فان الكفالة بها لا تصح وبتسليمها تصح والفاظها مذكورة في المتن **قال** وتصح
بالنفس وان تعددت اي وان تعددت الكفالة بان اخذ منه كفيلا ثم كفيلا وكذا يجوز اذا تعددت
النفوس المكفول بها ايضا كما تجوز بالديون الكثيرة وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز الكفالة بالنفس
لانه لا قدرة له على تسليمه اذ لا ولاية له عليه لاستمساكه اذا انحل عقد امره لانه لا ينقاد له ولا ملتزم
طاعته وكذا ان كان بامره لان امره بالكفالة بالمال لا يثبت له ولاية في ماله ليؤدي عنه من ماله
فالنفس اولى فصار كما اذا باع طيرا في الهواء بخلاف الكفالة بالمال لانه امكن له ولانه على مال الآمر
له ولاية على ماله نفسه فيؤدي من ماله **ولنا** قوله عليه السلام الزعيم غارم من غير فصل بين الكفالة بالنفس
او بالمال فيقتضي شرعيتها ولا تنافي الكفالة بالنفس لا غرم فيها فلا يتناوله الحديث لانا نقول الغرم
عبارة عن ضرر يلزمه قال الله تعالى ان عذابها كان غراما وفيه ذلك ولان الحاجة ماسة اليها ضرورة
احياء حقوق العباد وقد امكن العمل بموجبها بان يعلمه مكانه فيخلي بينه وبينه اذ التخلية تسليم او يوافقه
اذا ادعاه او يخرجه بالحضور الى مجلس الحاكم والتزامه لذلك ورضى خصمه به دليل على قدرته فيصح
وان لم يقدر عليه استعان باعوان القاضي فكانت مقدورة ولانه التزم ما هو مستحق على الاصيل اذ
تسليم النفس على المدعى عليه واجب بمعنى انه يجب عليه الحضور الى مجلس الحاكم فيصح كالكفالة بالمال
والدليل على انه يجب عليه الاجابة اذا دعي ان الله تعالى ذم الممتنع من الحضور بقوله عز وجل واذا دعوا الى الله
ورسوله الآية والذم يستحق بترك الواجب وعن الصحابة رضي الله عنهم انهم اجازوا الكفالة بالنفس
وضمنت ام كلثوم بنفس علي حين جرى بينه وبين عمر رضي الله عنهم خصومة وكفل رسول الله صلى الله
عليه وسلم رجلا بتهمة والتكفيل اخذ الكفيل بالنفس ولا يشترط لصحة الالتزام ان يكون الملتزم ممكنا وجوده
عقلا لا حقيقة الا ترى انه اذا التزم الحجة بالنذر يصح ويلزمه وان لم يتأت منه حقيقة لقصر
عمره عادة وقدرته على احضاره ممكن فيصح واذا صحت تصح متعددة ايضا لان حكمها استحقاق المطالبة
وهو يحتمل التعدد والالتزام الاول لا يمنع الالتزام الثاني اذ المقصود منها التوثق ولا تنافي **قال**

كفلت بنفسه وبما عبر عن البدن وبجزء شائع اي يصح الكفالة بقوله كفلت بنفس فلان او بما يعبر به من
اعضائه عن جميع البدن كراسه ووجهه ورقبته وعنقه وجسده وبدنه وبان قال كفلت بثلثه او ربعه
او نحو ذلك لجاز لان هذه الاشياء يعبر بها عن جميع البدن عرفا وقد حققناه في الطلاق **قال** وبضمنته اي
يصح بقوله ضمنته لك لانه تصريح بمقتضى الكفالة لانه يصير ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح
موجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك **قال** وبعلي يعني يصح بقوله علي لان كلمة على للوجوب قال
الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا **قال** والي لانها بمعنى على في هذا المقام
قال عليه السلام من ترك كلا او عيالا فالي **قال** وانا زعيم لان الكفيل يسمى زعيما قال الله تعالى
حكاية عن صاحب يوسف وانا به زعيم اي كفيل **قال** وقبيل به لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي
الصك قبالة لانه يحفظ الحق فيكون وثيقة كالكفيل **قال** رحمه الله لا بانا ضامن لمعرفته
اي لا يصير كفيلا بقوله انا ضامن لك بمعرفة فلان وقال ابو يوسف يصير ضامنا للعرف لانهم
يريدون به الكفالة ووجه الاول انه التزم معرفته دون المطالبة فصار كالتزامه دلالته
عليه او قال او نعرفك عليه **قال** وان شرط تسليمه في وقت بعينه احضره فيه ان طلبه لانه التزم
بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفاء به ان طلبه في ذلك الوقت او بعده كالدين المؤجل اذا طلبه صاحبه
بعد حلول الاجل **قال** فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء ما وجب عليه ولكن لا يحبسه
اول مرة لاحتمال انه ما عرف لماذا يدعى فيمهله حتى يظهر له مطله لانه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل
المطالبة **قال** المفتقر الى الله تعالى ينبغي ان يفصل كما فصل في الحبس بالدين فانه هناك قيل اذا ثبت
الحق باقراره لا يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلم يظهر باول الوهلة وان
ثبت بالبينة حبسه كما وجب لظهور مطله بالانكار فكذا هنا ينبغي ان يفصل على هذا التفصيل وذكر في
النهاية معزيا الى الايضاح هذا اذا لم يظهر عجزه واما اذا ظهر عجزه فلا معنى لحبسه الا انه يحال بينه
وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين اشغاله فجعله كالمفلس بالدين اذا ثبت بالاقرار
او بالبينة **قال** وان غاب امهله مدة ذهابه وايابه اي ان غاب المكفول بنفسه يؤجل
الكفيل مدة قطع المسافة ولا يحبسه لانه لم يظهر مطله بعد والحبس للمماطلة **قال** فان مضت
ولم يحضره حبسه اي اذا امضت المدة ولم يحضره حبسه لانه ظهر مطله والحبس جزاؤه **قال**
وان غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به لانه عاجز وقد صدقه الطالب عليه فصار كالمديون اذا ثبت
اعساره وان اختلفا فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرف ينظر فان كانت له خرجة
معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب
الى ذلك الموضع لان الظاهر يشهد للطالب وان لم يعرف منه ذلك كان القول قول الكفيل لانه
متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه
القاضي الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما
يدعي وان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره
اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة وكذا الردة ولحوقه بدار الحرب لا يسقط الكفالة

فيؤجل الكفيل مدة ذهابه ومجيئه ولا يقال هذا اللحاق بدار الحرب صار كالموت ولهذا يقسم ماله بين ورثته
فينبغي ان يبرأ الكفيل كما لو مات حقيقة لانا نقول هذا يعتبر كموته حقيقة وانما هو موت حكمي في حق قسمة
ماله بين ورثته فاما في حق نفسه فهو حي مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فيبقى الكفيل
على كفالته هكذا ذكره في النهاية معزيا الى المبسوط وفيه قال في الذخيرة انه اذا لحق بدار الحرب
مرتدا ينظر فان كان الكفيل قادرا على رده بان كان بيننا وبينهم موادعة ان من لحق بهم مرتدا يردوه
الينا اذا طلبنا يمهل الكفيل قدر ذهابه ومجيئه وان لم يكن قادرا لا يؤاخذ به ثم في كل موضع قلنا
انه يؤمر بالذهاب له للطالب ان يستوثق بكفيل اخر حتى لا يغيب الاخر فيضيع حقه **قال**
فان سلمه بحيث يقدر المكفول له ان يخاصمه كمصر برئ لانه اتى بما التزمه اذ لم يلتزم تسليمه الا مرة
واحدة وحصل مقصود الطالب ايضا بذلك فلا حاجة الى ابقاء الكفالة فصار نظير ما لو كفل
بمال وقضاه سواء كان التسليم غير مشروط في وقت او كان مشروطا فيه فسلمه في ذلك الوقت او قبله
لان الاجل حق الكفيل فله ان يسقطه كالدين المؤجل اذا قضاه قبل حلول الاجل يجبر الطالب لان الاجل
حق المديون فله ان يسقطه ثم التسليم يكون بالتخلية بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول له هذا
خصمك فاثبت على شأنه تحرز ان يشتبه ثم لا يخلو اما ان سلمه بعد طلبه او لا فان كان بعد طلبه برئ وان
لم يقل سلمته اليك بحكم الكفالة لانه يتضمن اعادة قول الطالب وان سلمه بغير طلب فلا يبرأ حتى يقول
سلمته اليك بجهة الكفالة **قال** ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه ثم لان الشرط مفيد فيلزمه
تسليمه على الوجه الذي التزمه فاذا سلمه في مجلسه برئ لما ذكرنا وهذا اذا سلمه في السوق لحصول المقصود
وقيل لا يبرأ وهو قول زفر وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس في اقامة الحق وان سلمه في برية او في سواد
لا يبرأ لانه لا يقدر على مخاصمته في ذلك المكان وكذا لو لم يشترط التسليم في مجلس الحاكم لا يبرأ بمثل هذا
التسليم لما ذكرنا وان سلمه في مصر اخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رحمه الله لان المعتاد
تسليمه على وجه يتمكن من احضاره مجلس القاضي وقد وجد وعندهما لا يبرأ لانه لم يسلمه على الوجه الذي
التزمه وهو ان يسلمه في مصر كفل فيه وهو مفيد لاحتمال ان يكون شهوده فيه او يعرف قاضي ذلك
المصر حادثته فلا يبرأ الا بالتسليم فيه قلنا الاحتمال مشترك فانه يحتمل ان يكون شهوده في ذلك
المصر وكذا يحتمل ان يكون قاضي ذلك المصر يعلم حادثته فتعارض الموهومات فيبقى التسليم سالما
عن المعارض فيبرأ وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فابو حنيفة قال ذلك في
زمنه حين كانت الغلبة لاهل الصلاح والعمال كانوا سعاة وكانوا على البر ولا يميلون الى الرشوة
فلا يختلف الحال بين مصره ومصر اخر وهما قالا ذلك بعد ما ظهر الفساد وتغيرت احوال
القضاة والعمال حتى لا يعملوا الحق الا بالرشوة فيكون على هذا التقدير مصره اسهل لاثبات حقوقه
ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لان المقصود من التسليم تمكنه من احضاره مجلس
الحاكم ليثبت عليه الحق ولا يتعذر في المحبوس **قال** ويبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب
يعني الكفالة تبطل بموت المكفول بنفسه وبموت الكفيل ولا يبطل بموت المكفول له لان المطلوب
بموته برئ هو بنفسه وبراءته توجب براءة الكفيل لانه اصل والكفيل تبع فاذا عجز عن الحضور

سقط عنه فكذا عن التبع لما قلنا وبعد موت الكفيل لا يتحقق التسليم منه وورثته لا يقومون مقامه
لانهم يخلفونه فيما له لا فيما عليه وما له لا يصلح لايفاء هذا الحق وهو احضار المكفول به بخلاف الكفيل بالمال
اذا مات لان ما له صالح له وحكمه بعد موته ممكن فيوفي من ماله ثم يرجع الورثة على المكفول له ان
كانت الكفالة بامره والا فلا شيء لهم كما اذا ادى هو بنفسه حال حياته واذا مات الطالب فلوصيه
او وارثه فلا يبطل حقه اذ هم قائمون مقامه في استيفائه **قال** ويبرأ بدفعه اليه وان لم يقل اذا
دفعته اليك فانا برئ لان موجب التسليم البراءة فيثبت به وان لم ينص عليها اذ موجب التصرف يثبت
من غير تنصيص عليه ولا بد من ان يقول سلمته اليك بحكم الكفالة وان لم يقل الابراء لان التسليم قد يكون
بحكم الكفالة او استعانة او اجارة الا اذا كان بطلبه حينئذ لا يحتاج فيه الى ان ينص عليه لعدم ما يدل
عليه وكذا اذا اقر الطالب بالقبض لا يحتاج فيه الى النص لان الظاهر لا يقر الا باستيفائه ولو سلم
الكفيل المكفول به الى الطالب فابى ان يقبله يجبر على القبول وينزل قابضا بالتخلية لانه لو لم يجعل
قابضا لتضرر الكفيل فصار كالغاصب برد العين المغصوبة او قيمتها وكالمديون اذا قضى الدين بخلاف
ما اذا سلمه بغير امر الكفيل حيث لا يجبر على القبول لانه اجنبي فصار نظير قضاء الدين من الاجنبي **قال**
وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله يعني بتسليم هؤلاء يبرأ الكفيل لان
المكفول به مطالب بالتسليم وواجب عليه ان يسلم نفسه فاذا سلم فقد حصل المقصود فلا معنى
لبقاء الكفالة بعد ذلك ووكيل الكفيل يقوم مقامه ورسوله سفير عنه فيكون فعلهما كفعله وشرط
براءته ان يقول كل واحد من هؤلاء سلمته اليك بحكم الكفالة على ما بينا وفي لفظ المختصر ما يشعر بذلك
فانه قال وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته شرط ان يكون التسليم من كفالته فهذا دليل على انه
برئ اذا لم يقل من كفالته انه نص عليه في الكافي وكيله ورسوله في المبسوط والمحيط وفي تسليم المكفول
بنفسه في فتاوى قاضي خان ولو سلمه اليه رجل اجنبي بغير امره وقال عند الدفع سلمته اليك عن الكفيل
فان قبله الطالب برئ الكفيل وان سكت الطالب ولم يقل قبلت لم يبرأ الكفيل ذكره قاضي خان في فتاويه
قال فان قال ان لم اواف به غدا فهو ضامن لما عليه فلم يواف به او مات المطلوب ضمن المال
لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة فاذا وجد الشرط لزم المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس
لانها كانت ثابتة قبل وجوب المال عليه فلا ينتفي بوجوده الا ترى انه لو كفل بهما جملة في وقت واحد
صحت ولو تنافيا لما صحت وهذا لان الكفالة للتوثق والتوثق بالكفالة بالنفس لا ينافي التوثق بالكفالة له
بالمال كما لا ينافي التوثق بكفالة بنفس اخرى او بمال اخر وقال الشافعي رحمه الله الكفالتان باطلتان
اما الكفالة بالنفس فقد بينا قوله من قبل واما الكفالة بالمال فلانها معلقة بشرط على خطر وتعليق
وجوب المال بالشرط غير جائز كالبيع ونحوه وهذا هو القياس **ولنا** ان الناس تعاملوه والقياس
يترك بالتعامل كما في الاستصناع وغيره وباب الكفالة اوسع لكونه من التبرعات ولان الكفالة
تشبه البيع انتهاء من حيث ان الكفيل يرجع على الاصيل اذا كان بامره وتشبه النذر ابتداء من حيث
انه التزام ابتداء فلشبهه بالبيع قلنا لا يجوز تعليقه بالشرط اصلا وباعتبار النذر وجب ان يجوز
بمطلق الشرط فقلنا يجوز تعليقه بشرط متعارف ولا يجوز بغيره عملا بالشبهين وان التعليق بالموافاة

متعارف ولا نسلم انه تعلق لوجوب المال وانما هو تعلق لوجوب المطالبة في الصحيح على ما عرف من
قبل فيصح فاذا صح تعليقه بعدم الموافاة ولم يواف به مع قدرته او لعجزه بموته او بحياته فقد وجد
الشرط فيلزمه المشروط لان عدم الموافاة لا يختلف باختلاف السبب فان قيل شرط وجوب المال
عدم موافاة مستحقة عليه وبموت المكفول به بري الكفيل فلم يجب عليه احضاره فلا يلزمه المال
بعدم موافاته بعد ما بري الا ترى ان الطالب اذا ابراه عن الكفالة بالنفس فلم يحضره لا يجب عليه المال
لفقد شرطه فكذا هنا قلنا الابراء وضع للفسخ فيفسخ به الكفالة بالنفس من كل وجه والموت لم
يوضع للفسخ وانما بري لعجزه عن التسليم المستحق بالكفالة لان المستحق عليه تسليم يعقبه دفعه الى الخصام
وهو عاجز عنه فكان ضروريا فيتقدر بقدرها فيبرا عن التسليم ولا ضرورة الى انفساخه في حق الكفالة
بالمال فلا ينفسخ العقد في حقه وان مات الكفيل فقد ذكر قاضيخان في فتاويه ان وارثه كان بمنزلة
الكفيل ان دفعه الى الطالب بري وان لم يدفعه حتى مضى الوقت كان المال على الوارث يعني من تركة الميت
ولو مات الطالب فدفع الكفيل المكفول به الى وارث الطالب في الوقت بري وان لم يدفعه لزمه المال
وهذا ظاهر قال ومن ادعى على اخر مائة دينار فقال له رجل ان لم اواف به غدا فعليه المائة فلم
يواف به غدا فعليه المائة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف اخرا ولا فرق بين ان يبين المائة
او لم يبينها بان تعلق رجل على رجل فلزمه فقال لي عليك حق ولم يدع عليه مالا معينا فقال له رجل
اخر دعه فانا كفيل بنفسه فان لم اوافك به غدا فعلي مائة دينار فادعى المدعي واثبتها لزم الكفيل
وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها ثم ادعى وبينها لا يلزمه وله فيه وجهان احدهما ما قاله ابو منصور
الماتريدي رحمه الله وهو ان الكفيل علق مالا مطلقا بخطر حيث لم ينسبه الى ما عليه فلا يشتمل رشوة
التزمها الكفيل له عند عدم الموافاة به فهذا يوجب ان لا يصح وان بينها المدعي لان عدم النسبة اليه
هو الذي اوجب البطلان والثاني ما قاله الكرخي وهو ان المدعي لما لم يبين لم يصح دعواه فلم
يجب احضاره الى مجلس القاضي فلم يصح الكفالة بالنفس ايضا لعدم صحة الدعوى ولم يصح الكفالة بالمال
ايضا لانها مبنية على الكفالة بالنفس فاذا بطل الاصل بطل الفرع وهذا الوجه يوجب ان تصح الكفالة
اذا بين المال عند الدعوى ولهما ان بين هذا له امكن تصحيحها فتصح اما اذا بين المال عند الدعوى فلان
المال ذكر معرفا فينصرف الى ما على المدعى عليه لان العادة جرت بالارسال والمراد ما عليه واما اذا
لم يبين فلان العادة جرت بالابهام في الدعاوي في غير مجلس القضاء فيجملونها اجمالا ولا يبينونها
الا عند القاضي دفعا لحيل الخصوم وصونا لكلامهم الى وقت الحاجة فصحت الدعوى والملازمة
على احتمال البيان من جهته فاذا بين انصرف بيانه الى ابتداء الدعوى فظهر به ان الكفالة بالنفس
قد صحت فتصح الكفالة بالمال ايضا لانها مبنية عليها ولانه لو حمل التزامه الماعليه يصح والا
فلا فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه ولو كفل رجل بنفس رجل على انه ان لم يواف به يوم كذا فعليه ما للطالب
على فلان اخر جاز ذلك استحسانا وهو قول محمد وفي القياس لا يجوز وهو قول ابي يوسف ذكره
قاضيخان وفي المحيط جعل الخلاف بالعكس وجعل ابا حنيفة مع ابي يوسف قال ولا يجبر على
الكفالة بالنفس في حد وقود وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجبر في حد القذف والقصاص وفي غيرهما

من الحدود لا يجبر ولو سمحت به من غير طلب يجوز بالاتفاق لهما ان الكفالة بالنفس شرعت للتسليم
والنفس تسليم النفس واجب على الاصيل هنا فيصح الكفالة به كما في دعوى المال بخلاف الحدود
الخالصة لانها محض حق الله تعالى والكفالة شرعت وثيقة لصاحب الحق كيلا يفوت حقه
والله تعالى غني عنه وبخلاف نفس الحد والقصاص حيث لا يجوز به اجماعا لانه لا يمكن استيفاؤه من
الكفيل فلا يشرع وله قوله عليه السلام لا كفالة في حد مطلقا ولان الكفالة للاستيثاق ومبناهما
على الدرء فلا يحتاط على اخذ الكفيل فيهما بما يفضي الى ضد ما وضع بخلاف سائر الحقوق لانها لا تسقط
بالشبهات ولو اعطى بنفسه الكفيل من غير طلب فيهما جاز بالاجماع لان تسليم النفس مستحق على
الاصل فيصح الكفالة به بخلاف غيرهما من الحدود والحق ان ما شيء حد السرقة بهما في جواز الكفيل
بنفس من عليه بالاجماع وفي الاجبار عليه عندهما وانه جعل في الامنه لان الدعوى شرط فيه كما هو
شرط فيهما والمدعي محتاج ان يجمع بين شهوده ومطلوبه فربما يخفي المطلوب نفسه فيستوثق بكفيل
بخلاف غيره من الحدود لان الدعوى ليس بشرط فيها ولا يجب عليه حضور مجلس الحاكم بسبب الدعوى
اذ لا يسمع دعوى احد فيها فلا يجوز الكفالة بها اصلا وان طابت بها نفسه وسمحت فاذا لم يجعل عنده
يلازمه الى ان يقوم القاضي من مجلسه فان اقام البينة فيها والا خلى سبيله وليس تفسير الحبس عندهما
هنا ان يحبس بالحبس وغيره من العقوبة لكن يامره بالملازمة ويدور معه حيث دار واذا اراد
دخول داره استاذنه فان اذن له دخل معه وان لم ياذن له منعه من الدخول واجلسه في باب الدار
كيلا يغيب بالخروج من موضع اخر قال ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان او عدل اي لا يحبس في
الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران او واحد عدل يعرفه القاضي بالعدالة لان
الحبس هنا لتهمة الفساد وشهادة المستورين تصلح الحكم به فتصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة في الديانات
والمعاملات فثبت بشهادة العدل التهمة وان لم يثبت به اصل الحق والحبس لتهمة الفساد مشروع لانه
عليه السلام حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس فيه ما لم يثبت لانه نهاية العقوبة فيه
فلا يثبت الا بحجة تامة كالحد نفسه وعنهما انه لا يحبس في الحدود والقصاص ايضا لحصول المقصود وهو
الاستيثاق بالكفالة قال وبالمال ولو مجهولا اذا كان دينا صحيحا بكفلت عنه بالف وبما لك عليه
وبما يدركك في هذا البيع وبما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فلان فعلي اي يصح
الكفالة بالمال ولو كان المكفول به مجهولا بقوله هذا لان الكفالة مشروعة فيه عليه اجماع
الامة وهي مبنية على التوسع فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة وغيرها بعد ان يكون متعارفا وعلى هذا
الكفالة بالدرك انعقد الاجماع مع انه لا يعلم قدر ما يستحق من المبيع وهي به حجة وشرطه ان يكون دينا
صحيحا احترازا لانه اذا لم يكن الدين صحيحا كبدل الكتابة لا يجوز الكفالة به ويجوز الكفالة بالشجة وقطع
الاطراف اذا لم تكن موجبة للقصاص لان الارش دين صحيح لا يسقط بالموت بخلاف بدل الكتابة فانه ليس
بدين صحيح الا ترى ان المكاتب يملك اسقاطه قال وطلب الكفيل والمديون الا اذا شرط البراءة فحينئذ
يكون حوالة كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرا بها المحيل كفالة اي الطالب مخير ان شاء طالب الكفيل وان
شاء طالب الاصل وله ان يطالبهما معا لانه موجب الكفالة اذ هي تنبئ عن الضم وذلك يقتضي بقا

لا البراءة إلا إذا شرط براءة الأصيل فحينئذ تكون حوالة فلا يطالب الأصيل كما إذا أحال بشرط الإبراء
المحيل فله أن يطالبه لما عرف أن العبرة للمعاني لا لمجرد اللفظ **قال** ولو طالب أحدهما له أن يطالب
الآخر ولهما ذكرنا بخلاف المغصوب منه إذا اختار أحد الغاصبين لأن اختيار أحدهما يتضمن التمليك
منه عند قضاء القاضي به فلا يملك التمليك من الآخر بعد ذلك وأما المطالبة بالكفالة لا تتضمنه
ما لم يوجد منه حقيقة الاستيفاء **قال** ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق
كإن استحق المبيع أو لإمكان الاستيفاء كإن قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذره كإن غاب عن المصر
يجوز تعليق الكفالة بشروط ملائمة لا بمطلق الشرط والملاءمة تثبت بكون الشرط سببا لوجوبه كقوله
إن استحق المبيع فعلي الثمن أو بكونه ممكنا من الاستيفاء كقوله إن قدم فلان فعلي ما عليه من الدين
أو بكونه سببا لتعذر الاستيفاء منه كقوله إن غاب زيد فعلي ما عليه من الدين فهذه جملة الشروط التي
يجوز تعليق الكفالة بها والأصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم فوجه التمسك بالآية
أنه علق الكفالة بالشرط وذلك الشرط سبب لوجوب الحمل وهو المجيء بالصاع وشريعة من قبلنا شريعة لنا
ما لم ينسخ ولا يقال الكفيل من الحمل يكون ضامنا عن غيره وهذا الكفيل ضامن عن نفسه لأنه هو الذي
يجب عليه الأجرة لأنا نقول أمكن حمل الآية على الكفالة بأن يكون رسولا من جهة الملك والرسول
سفير فلا يجب عليه الأحكام كأنه يقول إن الملك قال لمن جاء به حمل بعير ثم يقول من جهته وأنا بذلك الحمل
الذي على الملك كفيل ولا يقال إن الآية تدل على أن الكفالة للمجهول جائزة وأنتم لا تقولون به فلم يكن
لكم حجة لأنا نقول جاز أن ينسخ من هذا الوجه وبقي معمولا بها من جهة التعليق لإجماع الأمة على أن ضمان
الدرك جائز ولو كان منسوخا لما جاز ثم الأصل فيه أن الجهالة في المال المكفول به لا تمنع صحة الكفالة
كقوله ما غصبك فلان فعلي وجهالة المكفول له أو المكفول عنه تمنع حتى لو قال من غصبك من الناس
أو بايعك أو قتلك فأنا كفيل لك عنه أو قال من غصبته أنت أو قتلته فأنا كفيل له عنك لا يجوز إلا
إذا كانت الجهالة في المكفول عنه يسيرة مثل أن يقول كفلت لك بما لك على أحد هذين فحينئذ يجوز
فالتعيين إلى المكفول له لأنه صاحب الحق **قال** ولا يصح بنحو إن هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال
حالا يعني لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ونحوه كنزول المطر فإن علق به تصح الكفالة ويجب المال
حالا هكذا ذكره في الهداية والكافي وهذا سهو فإن الحكم فيه أن التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لأن
الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ذكره قاضي خان وغيره ولو جعل
الأجل في الكفالة إلى هبوب الريح لا يصح التأجيل ويجب المال حالا وكذلك الكفالة بالنفس يجوز
تعليقها بشرط ملائم كالكفالة بالمال في جميع ما ذكرنا ولا يجوز تعليقها بشرط غير ملائم ويجوز تأجيلها
إلى أجل معلوم والجهالة اليسيرة فيها متحملة كالتأجيل إلى العطاء وقدوم الحاج ولا يجوز إلى هبوب
الريح أو نزول المطر فإن أجله إليه بطل الأجل ولزمه تسليم النفس حالا **قال** فإن كفل بما له عليه
فبرهن على ألف لزمه وإلا يعني إذا تكفل رجل بما له على فلان فأقام الطالب البينة على أن له عليه
ألف درهم لزم الكفيل لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانا وإن لم يقم فلا يجب عليه شيء لأن قول الطالب
لا يكون حجة على المطلوب وهو المكفول عنه ولا على الكفيل لأنه مدع فلا يقبل قوله إلا ببينة **قال**

رحمه الله صدق الكفيل فيما أقر بحلفه ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل يعني إذا أقر الكفيل بشيء في المسألة
بحالها وادعى الطالب أكثر من ذلك كان القول قول الكفيل لأنه منكر ولو أقر المكفول عنه بأكثر من ذلك
لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته عليه لأن الإقرار على الغير لا ينفذ إلا إذا كان عن ولاية وهذا بخلاف ما
إذا قال ما ذاب لك على فلان فعلي فأقر فلان على نفسه بألف مثلا فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما
أقر به المطلوب استحسانا والقياس أن لا يلزمه شيء لما بينا **وجه** الاستحسان أنه كفل بما يقرر له عليه في المستقبل
وقد تقرر عليه بإقراره وهذا لأنه كفل بما يجب له عليه فالشرط الوجوب عليه فيما يأتي بأي طريق كان
وفي مسألة الكتاب كفل بما عليه في الحال فإذا أنكر الطالب أو المطلوب ما عليه كان متهما فلا يصدق
ما لم تقم البينة ويصدق المطلوب في حق نفسه لأن إقراره عليه كالمريض إذا أقر بدين يرد إقراره في حق غرماء الصحة
ويقبل في حق نفسه حتى إذا فضل شيء من غرماء الصحة كان للمقر له **قال** فإن كفل بأمره رجع بما أدى
عليه لأنه قضى دينه بأمره معناه إذا أدى ما ضمن وكان المكفول عنه غير صبي محجور عليه وغير عبد محجور عليه
أما إذا أدى خلافه بأن كان الدين المكفول به جيدا فأدى زيفا أو بالعكس يرجع بالمال المكفول به لا بما أدى
لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث بأن مات الطالب والكفيل
وارثه أو وهبه له حال حياته وهي جائزة للكفيل وإن كانت لا تجوز لغير من عليه الدين لأنه تمليك
الدين لأنه مقتضى الهبة ضرورة وله نقله بالحوالة أو يجعل كذلك للضرورة أو يقول بوجوبه عليه للضرورة
فلا يجب عليه أن يسامح الأصيل بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى إن أدى أدون من الدين
وإن أدى أجود منه لا يرجع إلا بالدين لأنه لم يلتزم ولم يجب عليه شيء في ذمته وإنما ثبت له حق الرجوع
بالأداء بأمره ولهذا لو وهب له الدين لا يملكه فيرجع عليه بما أدى ما لم يخالف أمره بالزيادة أو بأداء
جنس آخر وبخلاف ما إذا صالح على أقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع إلا بقدر ما أدى لأن
الصلح على الأقل إبراء فيكون إبراء عنه لا تمليكا إلا إذا صالحه على أن يهبه الباقي فحينئذ يرجع عليه بجميعه
لأنه ملك الدين كله بعضه بالأداء وبعضه بالهبة وأما إذا كفل بأمر الصبي والعبد المحجور عليهما فلأن
الأمر بالكفالة استقراض منه من المأمور واستقراضهما لا يصح ولا يوجب الضمان وإنما لزم الكفيل المال
بالتزامه لأن صحة الكفالة تعتمد التزامه باختياره لا أمر الآمر بخلاف الصبي والعبد المأذون لهما لأن
أمرهما بالكفالة بالمال وبالنفس صحيح وإن لم يملكا أن يتكفلا عن أحد لكونه تبرعا فيرجع عليهما الكفيل
قال وإن كفل بغير أمره لم يرجع لأنه متبرع بأدائه عنه وفيه خلاف مالك رحمه الله **قال**
ولا يطالب الأصيل بالمال قبل أن يؤدي عنه لأنه التزم المطالبة وإنما يتملك الدين بالأداء فلا يرجع قبل
التملك بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأن الوكيل من الموكل ينزل منزلة البائع من المشتري
فيما يرجع إلى الحقوق لما انعقد بينهما مبادلة حكمية حتى لو اختلفا في مقدار الثمن تحالفا وكان
للوكيل ولاية حبس المبيع عن الموكل إلى أن يوفي الثمن كما أن ذلك للبائع إذ هو استفاد الملك من جهته فكذا
له أن يطالبه بالثمن قبل أن يؤدي كما كان للمشتري أن يطالب المشتري منه إذا باع المبيع قبل أن يؤدي
الثمن إلى البائع **قال** فإن لوزم لازمه أي إن لوزم الكفيل من جهة الطالب لازم هو الأصيل
حتى يخلصه وكذا إذا حبس له أن يحبسه لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة ولحقه ما لحقه من جهته

فيعامله بمثله حتى يخلصه من ذلك اذ يخلصه واجب عليه **قال** وبرأ باداء الاصل اى برئ
الكفيل باداء الاصل لان الاصل يبرأ بالاداء وبرائته توجب براءة الكفيل لانه ليس عليه دين في الصحيح
وانما عليه المطالبة فقط ويستحيل ان تبقى المطالبة بدون الدين **قال** ولو ابرأ الاصيل او اخر
عنه برئ الكفيل وتأخر عنه اى لو ابرأ الطالب الاصيل او اجل دينه برئ الكفيل وتاجل الدين في حقه
ايضا لما ذكرنا انه ليس عليه الا المطالبة وهي تبع للدين فيسقط بسقوطه ويتأخر بتأخره بخلاف ما
اذا احال بشرط براءة الاصيل حيث يبرأ الاصيل وحده دون الكفيل لان الكفالة فيه صارت عبارة
عن الحوالة مجازا واللفظ اذا اريد به المجاز سقطت الحقيقة فصار الكفيل محالا عليه وبراءة المحيل لا توجب
برائته على انه لا يبرأ المحيل عن الدين مطلقا في رواية والاحكام تشهد به الا ترى انه اذا توى يرجع عليه
واذا مات المحيل كان المحتال اسوة الغرماء في المال المحال به كانه مات وعليه دين له ولغيره
ان الدين لم يسقط فيها بالاتفاق وانما يحول من ذمة الى ذمة اما الدين او المطالبة على اختلاف
الروايتين وذلك لا يوجب سقوطه ولا سقوط تبعه فلا يرد علينا اصلا **قال** ولا ينعكس اى براءة
الكفيل لا توجب براءة الاصيل ولا تأخره عنه يوجب التأخير عن الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين
على ما بينا واسقاط المطالبة او تأخيره لا يوجب سقوط الدين ولا تأخيره الا ترى ان الدين وجد
بدونه ابتداء فكذا بقاء بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر مثلا حيث يتأجل عن الاصيل ايضا
لانه لا مطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف الاجل الى الدين **قال** ولو صالح احدهما رب
المال عن الف برئا اى صالح الاصيل او الكفيل الطالب على خمسمائة عن الالف التي عليه برئ الكفيل والاصيل
اما اذا صالح الكفيل فلانه اضاف الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين وانما
عليه المطالبة على ما بينا فيبرأ الاصيل عن الدين ضرورة اضافة الصلح الى الالف فبرائته توجب براءة
الكفيل على ما بينا فاذا برئا عن خمسمائة بصلح احدهما ايهما كان فان ادى الكفيل الخمسمائة الباقية رجع على
الاصيل بها ان كان بامره والا فلا يرجع لما عرف ثم في هذه المسألة اربعة اوجه اما ان يذكر في الصلح
برائتهما فيبرآن جميعا او براءة الاصيل فكذلك الحكم او لم يشترط شيئا فكذلك ايضا او شرط ان يبرأ
الكفيل لا غير فيبرأ هو وحده عن خمسمائة والالف على حاله على الاصيل **قال** وان قال الطالب
للكفيل برئت الي من المال رجع على المطلوب اى الكفيل يرجع على المكفول عنه لان هذا اقرار منه
بالقبض من الكفيل لان البراءة التي يكون ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء منه
فصار كانه قال دفعت الي او نقدتني او قبضته منك فيرجع عليه ولا يرجع الطالب على واحد منهما
لاقراره بالاستيفاء من الكفيل **قال** وفي برئت او ابرأتك لا اى في قوله للكفيل برئت او ابرأتك
لا يرجع الكفيل على الاصيل لانه لم يقر بالاستيفاء منه لان قوله برئت من غير ان يقول الي يحتمل
يحتمل انه برئ بابرائه ويحتمل انه برئ بالاداء فلا يثبت له الرجوع بالشك وهذا عند محمد وقال
ابو يوسف يرجع عليه لانه لا يحتمل الا البراءة بالقبض لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب لان نسبة
نسبت البراءة اليه ولا يقدر المطلوب ان يبرأ الا بالاداء بان يضع المال بين يديه ويخلي بينه وبين
المال فيبرأ بذلك وان لم يوجد من الطالب صنع ولهذا لو وجب وقال برئ الكفيل من المال جوز اقرارا

من الكفيل مع

منه بالقبض اجماعا فكذا هذا اذ لا فرق بينهما من حيث اللفظ وفرق محمد رحمه الله بينهما ان الصك لا يكتب فيه
الا اذا كانت البراءة بالايفاء وان كانت بالابراء لا يكتب وقوله ابرأتك ابراء اسقاط لا اقرار منه بالقبض
الا ترى انه كيف نسب الفعل الى نفسه والكفيل لا يملك الدين بالابراء فلا يرجع به على الاصيل بخلاف ما
اذا ادى او وهبه الطالب منه على ما مر وبخلاف الوكيل بالشراء اذا ابرأه البائع عن الثمن حيث يرجع به
على الموكل لانه ملك ما في ذمته وهذا كله فيما اذا كان الطالب غائبا وان كان حاضرا يرجع اليه في
بيانه في الكل انه اوفاه او ابرأه لزوال الاحتمال وبعث حجه **قال** وبطل تعليق البراءة من الكفالة
بالشرط لان في الابراء معنى التمليك كالابراء عن الدين وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر
وكذا على قول من يقول بثبوت المطالبة لا غير لان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لانها وسيلة اليه
والتمليك لا يقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت فيها على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح
فكان اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد ابراء الكفيل بالرد لان الاسقاط يتم بالمسقط بخلاف
التأخير عن الكفيل حيث يرتد بالرد لانه ليس باسقاط بل هو خالص حق المطلوب فيرتد بالرد وبخلاف الابراء
عن الدين لان فيه معنى التمليك **قال** والكفالة بحد وقود ومبيع ومرهون وامانة يعني الكفالة
بهذه الاشياء باطلة اما الكفالة باستيفاء الحدود والقصاص فلان الكفالة انما تصح بمضمون تجري
النيابة في ايفائه ولا تجري النيابة في العقوبات لان المقصود من شرعها زجر المفسد عن الفساد فلا
يمكن ايفاؤها على غير الجاني لعدم الفائدة واما الكفالة بالمبيع والمرهون والامانات فلان الكفالة
من شرط صحتها ان يكون المكفول به مضمونا على الاصيل بحيث لا يمكنه ان يخرج عنه الا بدفعه او دفع
بدله لان الكفالة التزام المطالبة بما على الاصيل فلا بد ان يكون واجبا على الاصيل ومضمونا عليه
حتى يتحقق معنى الضم والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه وانما هو مضمون بالثمن الا ترى انه لو هلك
لا يجب عليه شيء بل ينفسخ البيع وكذلك الرهن غير مضمون عليه بنفسه وانما يسقط دينه اذا هلك فلا
يمكن ايجاب الضمان على الكفيل وهو ليس بواجب على الاصيل وكذا الامانة ليست بمضمونة على
الاصيل لا عينها ولا تسليمها وهي كالودائع والمضاربات والشركات فلا يمكن جعلها مضمونة
على الكفيل فلا تصح الكفالة بها **قال** وصح لو ثمنا ومغصوبا ومقبوضا على سوم الشراء ومبيعا
فاسدا يعني ان كان ثمن المبيع يجوز الى اخره لان الثمن دين صحيح مضمون على المشتري والمغصوب
والمقبوض على سوم الشراء والمبيع في البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلك عنده يجب الضمان
عليه اذ القيمة تقوم مقامه فامكن ايجابه على الكفيل بخلاف الاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع والرهن
وبخلاف الامانات على ما تقدم ويجوز في الكل ان يتكفل بتسليم العين سواء كانت مضمونة او امانة
لان تسليم العين واجب على الاصيل فامكن التزامه فصار نظير الكفيل بالنفس لانه ما دام قائما
يجب عليه تسليمه وان هلك برئ الكفيل كالكفالة بالنفس وقيل ان كان تسليمه واجبا على الاصيل
كالعارية والاجارة جازت الكفالة بتسليمه لان التسليم شيء واجب عليه فلا يمكن ايجابه على
الكفيل **قال** وحمل دابة معينة مستأجرة وخدمة عبد استؤجر للخدمة يعني لا يجوز الكفالة
بالحمل فيما اذا استأجر دابة معينة للحمل عليها ولا بالخدمة فيما اذا استأجر عبدا للخدمة لانه

لا يجوز الكفالة لانه غير واجب عليه كالوديعة والعارية والاجارة صح

شرطها ان تكون قادرا على التسليم وهنا لا يقدر لانه استحق عليه الحمل على دابة معينة والحمل لو
اعطى دابة من عنده لا يستحق الاجرة لانه اتى بغير المعقود عليه الا ترى ان المؤجر لو حمله على دابة
اخرى لا يستحق الاجرة فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف ما اذا كانت الدابة غير
معينة لان المستحق على المؤجر الفعل وهو قادر على ذلك بان يحمله على دابة نفسه ولو تكفل بتسليم الدابة
فيما اذا كانت معينة جاز لما ذكرنا في المبيع **قال** ولا تصح بلا قبول الطالب في مجلس العقد وقال
ابو يوسف تصح والخلاف في الكفالة بالنفس والمال سواء وقيل عنده يشترط القبول لكنه لا
يشترط في المجلس بل اذا بلغه بعدما قام من المجلس فاجاز جاز ذكره في المبسوط في موضعين
فشرط الاجازة في احدهما دون الآخر **وجه** قوله الاول ان الكفالة التزام مطالبة من غير ان
يجب بمقابلته على غيره شيء فيصح كالاقرار وهذا لانه تصرف التزام في ذمته وله عليها ولاية
ولا ضرر على الطالب فيه فيتم به وحده كالنذر **وجه** قولهما انه تصرف للغير فيتوقف على رضاه
كسائر العقود وعبارة الواحد عنده تقوم مقام عبارتين وان كان فضوليا كما في نكاح الفضولي
فانه ينعقد عنده بلا اذن بعبارة واحدة فكذا عند عدم الاذن وانما اثر الاذن عنده في اللزوم
دون الانعقاد الا ترى ان البيع لما كان ينعقد عند الاذن بعبارتين كان كذلك في الفضولي ولهما
انه عقد تمليك فشطره لا يتوقف على ما وراء المجلس كسائر العقود ولانه تبرع على الطالب بالالتزام
وانشاء سبب للتبرع لا يتم بالمتبرع ما لم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة ولا يمكن جعل عبارته
قائما مقام عبارتين حتى يكون كقبول الآخر لعدم ولايته عليه فيتعين الالغاء ولانه قد يكون ضررا عليه
بان يرافعه الاصيل الى من يرى براءته من القضاة بالكفالة لان العلماء مختلفون فيها فيعود ضرره عليه فلا
يصح بدون قبوله بخلاف الاقرار لانه ليس بعقد وانما هو اخبار عن شيء واقع فيقبل فيه قوله في حق
نفسه اذ لم يتضمن اضرارا باحد **قال** الا ان يكفل وارث المريض عنه يعني لا تجوز الكفالة الا بقبول
المكفول له في المجلس عندهما الا في مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض لورثته او لبعضهم تكفلوا بما
علي من الدين لغرمائي وتكفلوا عنه مع غيبة الغرماء فانه جائز استحسانا وان كان القياس يأباه على
قولهما اذ لا يتم الا بقبوله فصار كما لو قال ذلك في حالة الصحة **وجه** الاستحسان ان هذه
وصية منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا يصح وان لم يسم المريض الدين والغرماء لان الجهالة لا
تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا لا تصح اذا لم يخلف مالا ولان المريض في هذا الخطاب قائم مقام الطالب
لحاجته اليه تفريغا لذمته بقضاء الدين من تركته وهذا لانه لما تعلق فيه حق الغرماء والورثة بماله
صار كالاجنبي عن ماله حتى لا تنفذ تصرفاته وتوجهت المطالبة على الورثة بقضاء ديونه من التركة فقام
المطلوب في هذا الخطاب مقام الطالب او نائبه كان الطالب قال اضمن عن فلان او كانه حضر وقبل
وانما يصح بمجرد الطلب ولا يحتاج فيه الى القبول لان قوله تكفلوا عني لا يراد به المساومة في هذه الحالة
وانما يراد به تحقيق الكفالة فصار كالامر بالنكاح وفيما اذا قال المريض ذلك لاجنبي فضمن الاجنبي
بالتماسه فقيل لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بدينه بدون الالتزام فكان المريض في حقه والصحيح
سواء وقيل يصح لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع به في تركته

فيصح هذا من المريض على ان يجعل مقام الطالب لضيق الحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك
لا يوجد من الصحيح فيؤخذ فيه بالقياس **قال** وعن ميت مفلس يعني لا تجوز الكفالة عن ميت لم
يترك مالا وعليه ديون وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد تجوز لما روي انه عليه
السلام اتي بجنازة رجل من الانصار فسأل هل عليه دين قالوا نعم درهمان او ديناران فامتنع من
الصلاة فقال صلوا على اخيكم فقام ابو قتادة رضي الله عنه فقال هما علي يا رسول الله وفي رواية فقال
ذلك علي رضي الله عنه فصلى عليه صلى الله عليه وسلم ولان الدين واجب عليه في حياته وهو لا يسقط الا بالاداء
او الابراء او انفساخ سبب الوجوب ولم يوجد شيء من ذلك فلا يسقط ولهذا يبقى في حكم الآخرة ولو تبرع
به انسان صح ولو لم يكن عليه دين لما جاز للطالب اخذه من المتبرع وكذا يبقى اذا كان به كفيل او ترك
مالا وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا وجب عليه الدين اي اداؤه كما يقال
وجبت عليه الصلاة ويراد به الاداء والاداء لا يتصور من الميت فسقط سواء كان له مال او لم يكن له مال
في حق احكام الدنيا وصحة الكفالة تقتضي قيام الدين في حق احكام الدنيا ليصح تحقق معنى الكفالة وهو
ضم الذمة الى الذمة في حق وجوب المطالبة والمطالبة ساقطة عن الاصيل فلا يمكن ايجابها على
الكفيل تبعا اذ لا يضم الموجود الى المعدوم الا انه في الحكم مال لانه يؤول اليه اذ الوجوب لاجله وقد عجز
عن الاداء بنفسه وبخلفه من المال والكفيل ففات المقصود وهو الاستيفاء فلا يبقى والتبرع لا يعتمد
قيام الدين لانه تبرئة في حق الآخرة ولان الدين باق في حق الطالب لانه امر بينهما واما الكفالة فانها تبرئ
الكفيل والاصيل لانه التزم ما على الاصيل وما رواه كان اقرارا منه بانه كان كفيلا عنه قبل الموت
ويحتمل ان يكون وعدا منه لا كفالة فحاصله انه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به ولا يقال لو سقط
الدين لبرئ الكفيل لان براءته توجب براءة الكفيل فلما لم يبرأ علم ان عليه دينا فيجوز ابتداء الكفالة به ايضا
لانا نقول الكفيل خلف عنه فلا يبرأ او نقول الدين في حق الطالب لا يسقط لان سقوطه ضروري فلا يتعدى
المطلوب **قال** وبالثمن للموكل ولرب المال به اي لا تجوز الكفالة بالثمن للموكل ولا لرب المال
معناه اذا وكل رجل رجلا ببيع شيء فباعه الوكيل ثم ضمن الثمن للموكل عن المشتري او ضمن مضارب لرب
المال ثمن متاع باعه عن المشتري لم يجز لان حق القبض للوكيل والمضارب بجهة الاصالة في البيع
ولهذا لا يبطل بموت الموكل او بموت رب المال وبعزله ولو وكل الموكل او رب المال بقبض الثمن ثم
عزله صح عزله لان الثمن وجب للوكيل او للمضارب على المشتري اذ حقوق العقد راجعة الى العاقد
وكذا المضارب لو وكل رب المال بقبض الثمن له عزله لانه العاقد فترجع الحقوق اليه والعاقد
لغيره في حق الحقوق كالعاقد لنفسه ولهذا اختص المطالبة به ولو حلف المشتري ما للموكل عليه
شيء كان بارا في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شيء حنث فاذا ثبت ان الوكيل اصل في القبض فاذا ضمن
صار ضامنا لنفسه فلا يجوز بخلاف الرسول والوكيل ببيع الغنائم من جهة الامام والوكيل بالتزويج
حيث يصح ضمانهم بالثمن والمهر لان كل واحد منهم سفير ومعبر حتى لو نهاهم الآمر عن قبض البدل صح
نهيه ولانهما امينان في الثمن شرعا واشتراط الضمان عليهما يغير حكم الشرع فلا يجوز فصار نظير من
سلم في آخر الصلاة يريد قطع الصلاة وعليه سجود السهو فانه يرد عليه قصده حتى جاز له ان يسجد للسهو

مالم تفعل بما بينا في الصلاة. **قال** وللشريك اذا بيع بصفقة اي اذا باع رجلان عبدا مشتركا بينهما
من رجل صفقة واحدة وضمن احدهما لشريكه نصيبه من الثمن لا يجوز لانه يصير ضامنا لنفسه لانه
ما من جزء يؤديه المشتري او الكفيل من الثمن الا ولشريكه فيه نصيب ولانه يؤدي الى قسمة الدين
قبل القبض وانه لا يجوز اذ القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وهو ان يصير حق كل واحد منهما
مفرزا في حيز على حدة وذا لا يتصور في غير العين لان الفعل الحسي يستدعي محلا حسيا والدين
حكمي فلا يرد عليه الفعل الحسي فاذا لم يصح قسمته يكون كل شيء يؤديه الى شريكه مشتركا بينهما
فيرجع المؤدي بنصف ما ادى لكونه مشتركا بينهما ثم يرجع ايضا بنصف الباقي الى ان لا يبقى شيء
فيؤدي تجويزه ابدا ابطاله انها بخلاف ما اذا باعاه صفقتين بان سمى كل واحد منهما لنصيبه ثمنا
حيث يصح ضمان احدهما فيه للاخر لان نصيب كل واحد منهما ممتاز عن نصيب الاخر فلا شركة الا
ترى ان المشتري لو قبل نصيب احدهما ورد نصيب الاخر صح وكذا لو قبل الكل وقبل حصة احدهما
لنا قد قبض نصيبه ولهذا لو استوفى احدهما نصيبه من المشتري او بعضه لا يشاركه الاخر وفي
الفصل الاول يشاركه ولو تبرع بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز لان التبرع لا يتم الا
بالاداء وعند الاداء يصير مسقطا حقه في المشاركة فيصح وامتناع الكفالة لا يدل على امتناع
التبرع الا ترى ان الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز ويجوز التبرع به **قال** رحمه الله وبالعهدة اي لا
تجوز الكفالة بالعهدة وصورتها ان يشتري عبدا من رجل فيضمن للمشتري رجل بالعهدة وانما
لا تجوز لان العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهد ويملكه
البائع ولا يلزمه التسليم فاذا ضمن تسليمه الى المشتري فقد ضمن ما لا يقدر عليه فلا يصح ويطلق على
العقد لانها مأخوذة من العهد والعقد والعهد واحد وعلى حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وعلى
الدرك وعلى خيار الشرط ففي الخبر عهدة الرقيق ثلاثة ايام اي خيار الشرط فيه فتعذر العمل بها قبل البيان
فبطل الضمان للجهالة بخلاف الدرك فان ضمانه صحيح لانه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع
وهو معلوم مقدور التسليم ولا يقال ينبغي ان ينصرف الى ما يجوز الضمان به وهو الدرك تصحيحا
لتصرفه لانا نقول فراغ الذمة اصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال **قال** والخلاص اي
لا تجوز الكفالة بالخلاص وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يجوز لان تفسيره عندهما
تخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى وابو حنيفة يقول
تفسيره تخليص المبيع لا محالة وهو لا يقدر على ذلك لان المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع
او رد الثمن جاز لانه ضمن ما يمكن الوفاء به وهو تسليم المبيع ان اجاز المستحق البيع او رد الثمن ان لم
يجز **قال** ومال الكتابة اي لا يجوز الكفالة بمال الكتابة لانه دين يثبت مع المنافي وهو دين
المولى على مملوكه فلا يظهر في حق الكفالة ولانه مخير بين ان يعجز نفسه وبين ان يؤدي فلا يمكن ايجابه
على الكفيل على هذه الصفة لعدم الفائدة واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد ولان
على الاصيل اداء المال للمولى من وجه والكفيل لا يجد هذا المال وهذا كالمكاتب اذا اعتق يبرأ عن بدل الكتابة
لان عليه اداء مال هو ملك المولى من وجه ولا يجد ذلك بعد العتق ولا يمكن ايجاب الزيادة عليه ۞

فصل

فصل

ولو اعطى المطلوب الكفيل قبل ان يعطي الكفيل الطالب لا يسترد منه اي لو قضى المكفول
عنه الدين للكفيل قبل ان يعطي الكفيل المكفول له ليس للمكفول عنه ان يسترد منه لانه تعلق به حق القابض
على احتمال قضائه الدين فلا يسترجعه ما دام هذا الاحتمال باقيا كمن عجل الزكاة ودفعها الى الساعي
وكمن اشترى شيئا بشرط الخيار ونقد الثمن قبل مضي مدة الخيار ثم اراد ان يسترد قبل نقض البيع ليس له ذلك
لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكاة وثمنا عند مضي الحول ومضي مدة الخيار فما دام هذا الاحتمال
قائما لا يسترد ولانه ملكه بالقبض لان المطلوب دفعه اليه على وجه القضاء واخذه الكفيل على وجه
الاقتضاء بان قال له وقت الدفع اني لا آمن ان يأخذ الطالب حقه منك فانا اقضيك المال قبل ان تؤديه
بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب
حيث لا يصير المؤدى ملكا للكفيل بل هو امانة في يده ولكن لا يكون للاصيل ان يسترده من يد الكفيل لانه
تعلق بالمؤدى حق الطالب وهو بالاسترداد يريد ابطاله فلا يمكن منه ما لم يقض دينه كالمسألة الاولى
ولانه بالكفالة وجب للكفيل على المطلوب حق مثل ما وجب على الكفيل للطالب ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل
رهنا به جاز وكذا لو ابرأ الكفيل الاصيل من هذا الدين او وهبه له قبل ان يدفع الى الطالب
جاز حتى لو ادى عنه بعد ذلك لا يرجع عليه فثبت بهذا ان للكفيل دينا على الاصيل الا انه ليس له
ان يرجع عليه حتى يؤدي عنه فصار نظير الدين المؤجل فانه بالاستعجال يملكه فهذا ايضا لم يملك الاسترداد
كونه نقضا لما تم من جهته فلا يمكن منه **قال** وما ربح الكفيل له اي اذا ربح الكفيل بالمال
الذي قبضه من المطلوب قبل ان يعطي هو للطالب طاب له الربح لانه ملكه بالقبض فكان الربح
بدل ملكه ولا يتصدق به سواء قضى الدين هو او الاصيل لانه بالكفالة وجب له على الاصيل دين الا
انه تأخر مطالبته حتى يدفع فنزل منزلة الدين المؤجل فيملكه بالقبض على ما بينا الا ان فيه نوع
خبث اذا قضى الاصيل الدين عند ابي حنيفة لما نذكر فلا يعمل فيما لا يتعين على ما بينا في البيوع وان
قضى الكفيل فلا خبث فيه بالاجماع هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء وان قبضه على وجه الرسالة لا
يطيب له الربح على قول ابي حنيفة ومحمد لعدم الملك وعلى قول ابي يوسف يطيب لعدم التعين واصل
الخلاف في الربح بالدراهم المغصوبة **قال** رحمه الله وندب رده على المطلوب لو شيئا يتعين
يستحب رد الربح على المكفول عنه اذا كان المقبوض شيئا يتعين كالحنطة والشعير وهذا اذا قضى
الاصيل الدين وهو قول ابي حنيفة وعنه انه يتصدق به وقالا لا يطيب له الربح وهو رواية عنه لانه
ملكه بالقبض على مثال ما لو قضى دينه المؤجل وربح فيه وله ان الخبث تمكن مع الملك فيما
يتعين لانه قضاه قاصرا الا ترى ان المكفول عنه بسبيل من قضاء دينه واسترداده العين المقبوضة
فلا يخلو عن الشبهة فاذا لم يطب له يتصدق في رواية على الفقراء وفي رواية يرده على الاصيل
لان الخبث لحقه ثم ان كان الاصيل فقيرا يطيب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه انه
يطيب له هذا اذا اعطاه على وجه القضاء لدينه وان دفعه اليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح
لانه لا يملكه ويتعلق العقد بعينه لتعينه فيكون الحرمة فيه حقيقة كالمغصوب المتعين اذا ربح فيه
بخلاف ما لا يتعين عند ابي يوسف وقد بيناه من قبل **قال** ولو امر كفيله ان يتعين عليه حريرا

فيفعل فالشرا للكفيل والربح عليه وتفسيره ان الاصيل امر الكفيل ببيع العينة وهو ان يقول له
اشتر من التاجر حريرا او غيره من الانواع ثم بعه فما ربحه البائع منك وخسرته انت فعلي وصورته
ان ياتي هو الى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر الربح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوبا
يساوي عشرة مثلا بخمسة عشر نسيئة ليبيعه هو في السوق بعشرة فيصل الى العشرة ويجب عليه
للبائع خمسة عشر الى الاجل او يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوي عشرة بخمسة
عشر فياخذ الدراهم التي اقرضه على انها ثمن الثوب فيبقى عليه الخمسة عشر قرضا فاذا فعل ذلك بقي
عليه والربح الذي ربحه التاجر لزمه ولا يلزم الآمر شيء من ذلك لانه اما ضامن لما يخسره كما قاله بعضهم
نظرا الى قوله علي لانها للوجوب فلا يجوز كما لو قال لرجل بايع في السوق فما خسرت فعلي واما توكيل
كما قاله البعض نظرا الى الامرية فلا يجوز ايضا لجهالة نوع الحرير وثمنه وسمي هذا النوع من البيع عينة
لما فيه من السلف فقال باعه بعينة اي نسيئة من عين الميزان وهو ميله لانها زيادة وقيل لانها
بيع العين بالربح وقيل يشتري اما باع باقل مما باع وقيل لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو
مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لشح النفس وهذا النوع مذموم شرعا
اخترعه اكلة الربا وقال عليه السلام اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم
قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعي على
الكفيل ان له على المطلوب الفا لم يقبل لانه كفل بما لا يجب في المستقبل بالقضا او بما يجب بسبب كان
وذلك لم يوجد لان القضا على الغائب لا يجوز فلم يوجب شيئا ولم يوجد شرطه ولهذا لو اقر الكفيل على
الاصيل بالف درهم لا يجب على الكفيل لان اقراره لا يوجب على الاصيل وشرط لزوم الكفيل في هذه
الكفالة الوجوب على الاصيل فكذا القضا وهو غائب ولانه يحتمل ان يكون واجبا قبل الكفالة
فلا يجب عليه ويحتمل ان يكون واجبا بعده فيجب عليه فلا يدخل في الكفالة بالشك حتى لو ادعى
الوجوب بعد الكفالة بان قال حكم لي عليه القاضي فلان كذا بعد الكفالة واقام البينة قبلت
بينته لانه ادعى عليه مالا داخلا في الكفالة ولزمهما المال قال ولو برهن ان له على زيد
كذا وان هذا كفل عنه بامره قضي به عليهما ولو بلا امر قضي على الكفيل فقط اي لو احضر شخصا
عند القاضي فاقام البينة ان له على زيد الغايب الف درهم وان هذا الشخص كفل عنه بامره قبلت
البينة وقضي على الاصيل والكفيل جميعا ولو اقام البينة انه كفل عنه بغير امره قضي على الكفيل
فقط ولا يقضي على الغايب لان المدعى هاهنا مال مطلق فامكن اثباته بخلاف ما تقدم على ما بيناه وانما
يختلف للامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتداء معاوضة انتهاء وبغير امره
تبرع ابتداء وانتهاء فالقضا باحدهما لا يكون قضاء بالاخر واذا قضي بها بالامر ثبت وهو يتضمن
الامر بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امر لا تمس جانبه لان صحتها تعتمد قيام الدين
في زعم الكفيل فلا تتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الامر وقال زفر رحمه الله
لا يرجع لانه لما انكر الكفالة فقد ظلم في زعمه فليس له ان يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا
فبطل زعمه فيرجع عليه كما يرجع المشتري على البائع بالثمن اذا استحق المبيع وان كان في زعمه ان

البيع صحيح لما قلنا فان قيل كيف يقضي على الغايب اذا كانت الكفالة بامره والقضا على الغايب لا يجوز عندنا
قلنا اذا لم يتوصل الى حقه على الحاضر الا باثباته على الغايب يجوز القضا على الغايب كما اذا ادعى عبد ان
الحاضر اشتراه من مولاه الغايب ثم اعتقه فانكر الحاضر الشرا والاعتاق كان الحاضر خصما عن مولاه حتى
اذا اثبت العبد الشرا والعتق يقضى على الغايب حتى اذا حضر ليس له ان يرد عليه قال وكفالته بالدرك
تسليم معناه اذا باع رجل دارا مثلا فكفل رجل للمشتري عن البايع بالدرك وهو ضمان الثمن عند
استحقاق المبيع فكفالته تسليم للبيع واقرار منه انه لا حق له فيها حتى لو ادعى ان الدار ملكه او ادعى فيها
الشفعة او الاجارة لا تسمع دعواه لان الكفالة اذا كانت مشروطة في البيع يتوقف على قبول الكفيل
الكفالة في المجلس فاذا قبل وابرم بقبوله ثم ادعى الملك او غيره صار ساعيا في نقض ما تم من جهته ومن سعى
في نقض ما تم من جهته ضل سعيه في الحياة الدنيا وان لم تكن مشروطة في البيع فالمطلوب من نزول الكفالة
اتمام البيع واحكامه بان لا يرغب فيها المشتري الا بالكفالة خوفا من الاستحقاق فتكون اقرارا منه بان
البائع مالكها وبيت البيع فلا يصح دعواه بعد ذلك قال وشهادته وختمه لا اي كتابته شهادته
وختمه لا تكون تسليما حتى اذا ادعاه بعده تقبل دعواه لان الشهادة ليس فيها ما يدل على انه باع او اقر البائع
بالملك اذ البيع يوجد من غير المالك كما يوجد من المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة او لينظر
في البيع حتى اذا راى فيه مصلحة اجاز وليس فيه ما يدل على نفاذه بخلاف ضمان الدرك لان مقصوده الاحكام
على ما بيناه حتى لو شهد هنا ايضا عند الحاكم بالبيع وقضي بشهادته او لم يقض يكون تسليما حتى لا تسمع دعواه
بعد ذلك لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات لان العاقل يريد بتصرفه
الصحة فيصير كانه قال باع وهو يملكه او باع بيعا باتا نافذا او كتب في الشهادة كذلك ومن غاب
ان يقول فيه على زعم المتعاقدين او اقرارهما فلا يكون بدعواه مناقضا بخلاف مجرد الكتابة في الصك لانه
لا يتعلق به حكم وانما مجرد اخبار وهو لو اخبر بان فلانا باع شيئا كان له ان يدعيه وقوله وختم وقع
اتفاقا باعتبار عادتهم فانهم كانوا يختمونه بعد كتابة اسمائهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير والحكم
لا يختلف بين ان يكون الصك مختوما او غير مختوم قال ومن ضمن عن آخر خراجه او رهنه او
ضمن نوائبه صح اما الخراج فلانه دين له مطالب من جهة العباد فصار كسائر الديون ولانه يجب
حقا للمقاتلة بدلا عن الذب والاستحفاظ والمحاماة عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة الاجرة بخلاف
الزكاة في الاموال الظاهرة لان الواجب فيها جزء من النصاب وهو غير مضمون بدليل انه لو هلك لا يوخذ
منه شيء والكفالة باعيان غير مضمونة لا تجوز ولان الواجب فيها فعل هو عبادة والمال محله ولهذا لا
يوخذ من تركته بعد موته الا بوصية فلا تجوز الكفالة بها كسائر العبادات ثم قيل المراد بالخراج الخراج
الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام كل سنة في مال على ما يراه لا الخراج المقاسمة
وهو الذي يقسمه الامام من غلة الارض لانه غير واجب في الذمة فلم يكن في معنى الدين والرهن كالكفالة
لان كل واحد منهما للتوثق فيجوز في كل موضع يجوز الكفالة فيه واما النوائب فقد اختلفوا في صورته
فقال بعضهم اريد به ما يكون بحق كاجرة الحراس وكري النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء
الاسرا وقال بعضهم اريد به ما ليس بحق كالجبايات التي في زماننا ياخذها الظلمة بغير حق وان كان

مراد المصنف هو الاول جازت الكفالة به بالاتفاق لانه واجب مضمون وان كان مراده الثاني ففيه الخلاف فالمشايخ فقال بعضهم لا يجوز الكفالة به منهم صدر الاسلام البزدوي لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة او في الدين وهنا لا دين ولا مطالبة على الاصيل فلا يتحقق معنى الضم وقال بعضهم يجوز منهم فخر الاسلام البزدوي لانها في المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعبرة في باب الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يوجر وان كان الاخذ بالاخذ ظالما وقلنا ان من قضى نائبة غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع كمن قضى دين غيره بامره **واما** القسمة فقد قيل هي ما اصاب الواحد من النوائب لان القسمة هي النصيب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد بها النصيب وقيل هي النوائب بعينها غير ان القسمة ما يكون راتبا والنوائب ما ليس براتب وانما يوظفه الامام عند الحاجة اذا لم يكن في بيت المال شيء وقد بينا ما هو جائز بالاجماع وما هو مختلف فيه وقال ابو بكر بن ابي سعيد هذا اللفظ وقع غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا مضمون وقيل هي ان يمتنع احد الشريكين من القسمة فيضمنه انسان لانها واجبة وقال بعضهم معناها اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين قسم صاحبه والرواية باو وهي لاحد المذكورين وفي الاباحة نعم وكذا في النفي **قال** ومن قال لاخر ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر فقال هي حالة فالقول للضامن معناه اذا اقر انه كفيل بدين عن فلان وادعى الاجل وصدقه المقر له وهو الطالب في الدين وكذبه في الاجل كان القول قول المقر له لانه اقر له بثبوت حق المطالبة بغير شهود والمقر له يدعي عليه المطالبة في الحال وهو ينكر فكان القول قوله بخلاف ما اذا اقر بالدين الموجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل حيث يكون القول فيه قول المقر له لان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو الاجل فلا يقبل قوله بلا بينة ولان الاجل في الكفالة نوع حتى يثبت فيها من غير شرط بان كان الدين موجلا على الاصيل وفي الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول لمن ينكر العوارض وفي النوع القول للمقر لانه صفة الدين وقال الشافعي رحمه الله القول للمقر فيهما لان الاجل وصف فيهما يقال دين موجل وحال وفي الاوصاف القول للمقر وقال ابو يوسف القول للمقر له في الفصلين رواه عنه ابرهيم بن يوسف لان المقر قد اقر له بحق ثم ادعى تاخيره فلا يصدق والاول حجة لانه ادعى انه على صاحبه حقا وهو التاخير الا ترى انه لو اقر بالكفالة على انه بالخيار جاز اقراره بالكفالة وبطل الخيار ولما قلنا الا ترى انه وقد بينا الفرق بين الفصلين وليس هذا كالخيار لان الخيار يعني يبطل الكفالة فلا يصدق بابطالها بعد الاقرار بها بخلاف الاجل لانه ليس بابطال وانما هو نوع في الكفالة على ما بيناه وقال الشافعي ان الاجل وصف للدين لا يستقيم لانه ليس بصفة للدين في الحقيقة وان كان وصفا له لوطا الا ترى ان الدين حق الطالب والاجل حق المطلوب ولو كان صفة له لما اختلف مستحقهما كالجودة والرداة فيه والحيلة فيما اذا كان عليه دين موجل وادعى عليه وخاف الكذب ان انكر والمواخذة في الحال ان اقر ان يقول للمدعي هذا الذي تدعيه من المال حال ام موجل فان قال موجل فلا دعوى عليه في الحال وان قال حال منكره وهو صادق ولا حرج عليه وقيل من عليه الدين موجلا اذا انكر الدين وقال للمقر له قبلي اليوم حق فلا باس به اذا لم يرد به اتواء حقه **قال** ومن اشترى امة

وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم ياخذ المشتري الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع لان الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق وهو لم يخرج عن ملكه ما لم ينفسخ البيع ويحكم على البائع برد الثمن على المشتري ومجرد الاستحقاق لا ينفسخ ولهذا لو اجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز فلو كان منتقضا لما جاز فاذا لم ينتقض لم يجب الثمن على البائع ولم يخرج من ملكه لان ذلك المستحق بمنزلة الاترى انه لو كان عينها عبدا فاعتقه البائع في هذه الحالة عتق وكذا لو كان المشتري باع الجارية من انسان فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الاول ان يرجع على بائعه ما لم يقض عليه بالثمن الثاني كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد فاذا حكم الحاكم بالثمن عليه انتقض وسقط احتمال الاجازة ولزم البائع رد الثمن فيلزم كفيله ضرورة بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن ابي حنيفة ان البيع ينتقض بمجرد الاستحقاق لان الخصومة من المستحق وطلب الحكم من القاضي دليل النقض وينتقض به البيع فما ينتقض بالنقض صريحا فلا يعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن ابي يوسف مثله فعلى هذا يرجع به عليه بمجرد القضاء بالمال وعن ابي يوسف انه ان اخذ العين بعد الحكم ينفسخ البيع لان اخذه دليل الفسخ والظاهر هو الاول والله اعلم بالصواب

باب كفالة الرجلين والعبدين

قال رحمه الله دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما اداه احدهما لم يرجع به على شريكه فان زاد على النصف رجع بالزيادة معناه اذا كان لرجل دين على رجلين بان اشتريا منه عبدا وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما اداه احدهما لا يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يوديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف كفيل فما يوديه ينصرف الى ما عليه اصالة اذ لا معارضة بين ما عليه بطريق الاصالة ومن ما عليه بطريق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة فقط فلا تعارض الاول وكذا سبب الاول وهو الشراء اقوى من سبب الثاني وهو الكفالة ولهذا ينفذ الاول من المريض من جميع ماله وان كان عليه دين والثاني لا ينفذ الا من الثلث بشرط ان لا يكون عليه دين وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ اصلا فجاز ان لا تعارضه الضعيف وهذا نظير ما لو اشترى ثوبا وفضة بفضة وقبضهما ونقد الاخر من الفضة الخالصة قدر فضته ثم افترقا قبل ان يجعل المقبوض من الصرف لان الصرف اقوى وآكد حتى اوجب القبض قبل الافتراق ولان الكفالة توجب المطالبة وهي تبع للدين فلا معارضة بين الاصل والتبع ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه كان لصاحبه ايضا ان يرجع عليه بان يجعل المودي نائبه واداء نائبه كادائه فيودي الى الدور فيسقط ولا معارضة فيما زاد على ما عليه بطريق الاصالة ولا دور فيرجع عليه به ولو كان ما عليه موجلا وما على صاحبه حالا لا يصح تعيينه لانه لا معارضة اذ لا يجب ما عليه في الحال وليس لشريكه ان يرجع عليه لان الكفيل اذا عجل دينا موجلا ليس له ان يرجع على الاصيل قبل حلول الاجل وكذا لو كفل احدهما عن صاحبه دون الاخر وادى الكفيل يجعله عن صاحبه يصدق وهي واردة على مسئلة الكتاب **قال** وان كفلا عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما ادى رجع بنصفه على شريكه او بالكل على الاصيل معناه اذا كان على رجل دين الف درهم مثلا فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل واحد من الرجلين عن صاحبه بما لزمه

بالكفالة لان الكفالة عن الكفيل جائزة كما تجوز عن الاصيل فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه ثم
يرجعان على الاصيل ان شاءا وان شاء رجع هو بالكل على الاصيل لان ما عليهما مستويان فلا يرجح
للبعض على البعض اذا الكل كفالة فيكون المودى شائعا عنهما فيرجع بنصفه على شريكه اذ لا يؤدي الى
الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصفه وليس لصاحبه ان ينقض الاستواء بالرجوع
عليه مراعاة لما اقتضاه العقد اذ الاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم وهو العزم بخلاف
المسألة الاولى لان الترجيح فيها حاصل من الابتداء فلا يتصور الرجوع فيؤدي الى الدور ثم يرجعان على الاصيل
لانهما اديا عنه دينه بامره احدهما بنفسه والاخر بنائبه وان شاء المودي رجع بالجميع على الاصيل لانه
كفل بالجميع بامره بهذا اذا كفل كل واحد منهما عن الاصيل بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما
عن صاحبه بالجميع واما اذا كفل كل واحد منهما بالنصف ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه فهي كالمسألة
الاولى في الصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما ادى ما لم يزد على النصف وكذا لو كفلا عن الاصيل بجميع
الدين معا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الاصيل
بالجميع وكذا لو كفل كل واحد منهما عن الاصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف
قال وان ابرأ الطالب احدهما اخذ الاخر بكله لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله
على الاصيل والاخر كفيل عنه بكله فيأخذه به قال ولو افترق المفاوضان اخذ الغريم ايهما شاء بكل
الدين لان كل واحد منهما كفيل عن الاخر على ما بينا في الشركة قال ولا يرجع حتى يؤدي اكثر من النصف
لما بينا من الوجهين في كفالة الرجلين قال وان كاتب عبدين كتابة واحدة وكفل كل واحد عن صاحبه
فكل شيء اداه احدهما رجع بنصفه وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل
الكتابة وكل واحد منهما بانفراده باطل وعند الاجتماع اولى وصار كما اذا اختلفت كتابتهما وجه
الاستحسان ان تصرف الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن تصحيح هذه الكفالة بان يجعل
المال كله على كل واحد منهما في حق المولى وفي حق نفسه وعتق الاخر معلق باداءه فيطالب المولى كل واحد
منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فايهما ادى عتق وعتق الاخر تبعا له كما في ولد المكاتب لكن
كل واحد منهما كفيل في حق صاحبه لان المال في الحقيقة مقابل بهما حتى ينقسم عليهما فصارت كفالته بما عليه
اصله وكفالة المكاتب بما عليه اصله جائز فكان كل واحد منهما اصلا في الكل كفيلا عن صاحبه في حق صاحبه
بالكل ولا تظهر الكفالة الا في حق صاحبه لا ضرورة فيه فيقدر بقدرها حتى يكون مطالبة المولى كل
واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فاذا ادى احدهما شيئا وقع عن كل البدل فيقع نصف
ذلك عن صاحبه لاستوائهما فيرجع به عليه ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة بخلاف ما اذا اختلفت
كتابتهما لان عتق كل واحد منهما تعلق باداء المال على حدة وهو صحيح في نفسه فلا حاجة الى تصحيحه بما ذكرنا
من الطريق ثم المسألة على ثلاثة اوجه احدها ان يكاتبهما كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فحكمه ما ذكرنا والثاني ان يكاتبهما كتابة واحدة على الف ولم يزد على هذا فيه ان كل واحد منهما يلزمه حصته
ويعتق باداء حصته لان المقابلة المطلقة تقتضي ذلك والثالث ان يكاتبهما كتابة واحدة على انهما ان
اديا عتقا وان عجزا ردا الى الرق ولم يذكر كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فهذا في جواب هذا مثل

الفصل الثاني حتى يعتق احدهما باداء حصته لان كل واحد منهما لم يلتزم بالقبول الا حصته ولهذا ليس للمولى
ان يطالب احدهما بجميع البدل ولو ادى احدهما الجميع لم يرجع على صاحبه بشيء بخلاف ما اذا شرط كفالة كل
واحد منهما عن صاحبه فانا نقول لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال الى المولى لان شرط المولى في العقد
يجب مراعاته اذا كان صحيحا شرعا وقد شرط العتق عند اداءهما جميع المال نصا فلو عتق احدهما باداء حصته
كان مخالفا لشرطه وما استدل به زفر ممنوع فان هذا عندنا كالفصل الاول في جميع ما ذكرنا ولهذا قلنا
ما لم يصل جميع المال الى المولى لا يعتق واحد منهما ذكره في المبسوط قال ولو حرر احدهما اخذ ايهما شاء
بحصة من لم يعتقه معناه لو اعتق احد العبدين فيما اذا كاتبهما وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه
صح العتق لوجود المصحح للعتق وهو الملك في الرقبة وبرئ عن حصته من بدل الكتابة لانه لم يرض بالتزام
المال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فسقط حصته وبقي على صاحبه حصته لان المال في
الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما كله احتيالا لتصحيح الضمان واذا حصل له العتق
استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فيتوزع عليهما ضرورة فاذا توزع سقط حصة المعتق لما ذكرنا
ويأخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء فان شاء اخذ المعتق بالكفالة وان شاء اخذ صاحبه بالاصالة قال
رحمه الله فان اخذ المعتق رجع على صاحبه وان اخذ الاخر لا لان غير المعتق اصيل فلا يرجع على احد
اذا ادى والمعتق كفيل عنه بامره فيرجع به عليه فان قيل كيف يكون المعتق كفيلا عنه والكفالة
ببدل الكتابة لا تجوز قلنا هذا في حالة البقاء لانه لم يجز في الابتداء كفيلا فقط وانما كان بدل الكتابة
واجبا عليه اصالة وقدرنا الكفالة فيه في حق صاحبه احتيالا لتصحيح الاداء عن صاحبه وبعد العتق لا
يمكن ايجاب البدل عليه لاستغنائه به فلا يمكن تقرير الاصالة فبقي كفيلا قال ومن ضمن عن عبد مالا لا
يؤخذ به بعد عتقه فهو حال وان لم يسمه المراد به دين لم يظهر في حق المولى كما اذا لزمه بالاقرار او الاستقراض
او بالوطء عن شبهة او استهلاك وديعة فان هذه الديون لا تظهر في حق المولى فلا يؤاخذ بها في الحال
وانما يؤاخذ بها بعد الحرية فلو ان انسانا كفل بهذه الديون يلزمه ويطالب به في الحال لان المال حال
على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا ان المطالبة تأخرت عنه لعسرته اذ جميع الديون لا تعلق
برقبته لعدم ظهورها في حق المولى والكفيل غير معسر فصار كما لو كفل عن غائب او مفلس بخلاف ما اذا
كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالا لانه التزم المطالبة بدين والطالب ليس له ان يطالب بالدين
المؤجل في الحال ثم اذا ادى عنه يرجع به بعد العتق ان كان بامره لان الكفيل بالاداء املك الدين وقام
مقام الطالب فلا يطالبه قبل الحرية وقوله بدين يؤخذ به بعد عتقه احتراز عما يؤخذ به في الحال
كدين الاستهلاك عيانا او دين لزمه بالتجارة باذن المولى فانه يجوز الكفالة به بلا شبهة قال
ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعي انه له ضمن قيمته ولو ادعى على عبد مالا
وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل والفرق ان الثاني كفل عن العبد بتسليم نفسه فاذا مات
العبد وهو المكفول به برئ هو وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا من قبل ولا يختلف ذلك بين ان
يكون المكفول به حرا او عبدا وفي الاول كفل عن ذي اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعي يدعي غصب
العبد على ذي اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جائزة على ما تقدم فيجب على ذي اليد رد العين

فان هلكت يجب عليه قيمتها فكذا على العامل اذا اثبت المدعى بالبينة ان العبد له لانه يقوم مقام الاصيل
والبينة كاسمها مبينة فيظهر بها ان العبد ملكه بخلاف ما اذا اثبت الملك له باقرار ذي اليد او نكوله لان
الاقرار اصل الشريعة في حق المقر فلا يلزمه ما لم يقر به هو بنفسه قال ولو كفل عبد عن سيده
بامره فعتق فاداه او كفل سيده عنه واداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر ومعنى الاولى ان
يكون على العبد دين لان امر المولى بالكفيل يصح اذا لم يكن عليه دين الا يرى ان له ان يجعله بالدين
ولو اقر عليه بالدين نفذ اقراره وله ان يرهنه وان كان عليه دين مستغرق ليس له شيء من ذلك لانه
يتضمن ابطال حق الغرماء واما كفالة المولى عن عبده فصحيحة كيف ما كان وقال زفر يرجع كل واحد
منهما على صاحبه اذا ادى عنه بعد الحرية وكانت الكفالة بامره لتحقق الموجب للرجوع وزوال المانع
من الرجوع قلنا وقعت غير موجبة للرجوع لان احدهما لا يستحق على الآخر دينا فلا تنقلب موجبة
بعد ذلك كما اذا كفل رجل عن رجل بغير امره فبلغه فاجاز فانها لا تنقلب موجبة للرجوع فكذا هذا
ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفاء الدين من سائر امواله وفائدة كفالة العبد عن
مولاه تعلقه برقبته والله اعلم

كتاب الحوالة

وهي في اللغة التحويل والنقل ومنه حوالة الغراس نقله قال رحمه الله هي نقل الدين من ذمة
الى ذمة هذا في الشرع وفي اللغة هو النقل مطلقا على ما بينا قال وتصح في الدين لا في العين برضى
المحتال والمحال عليه وهذا من شرائطها ومن شرائطها القبول وفيه خلاف ابي يوسف كما في الكفالة
وهي مشروعة باجماع الامة وقال عليه السلام من احيل على ملي فليتبع والامر بالاتباع دليل الجواز
ولانه التزام ما يقدر على تسليمه فوجب القول بصحته دفعا للحاجة وانما اختصت بالديون
لانها تنبئ عن النقل والتحويل وهو في الدين لا في العين لان الدين وصف شرعي وهذا النقل حكم شرعي
يظهر اثره في المطالبة فجاز ان يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعا واما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل
الحكمي بل بالنقل الحسي وانما اشترط رضاهما لان المحتال هو صاحب الحق وتختلف عليه الذمم فلا بد من
رضاه لاختلاف الناس في الايفاء فمنهم من يماطل مع الدين ومنهم من يوفي ناقصا ومنهم من هو
بالعكس فلا يلزمه بدون رضاه والمحال عليه يلزمه المال ويختلف عليه الطلب والناس متفاوتون
فيه فمنهم من يعنف فيه ويستعجل ومنهم من يتساهل ويمهل ويسمح ولم يذكر المصنف المحيل لان الحوالة
تصح بدون رضاه وانما اشترط رضاه للرجوع عليه او ليسقط دينه ونظيرها الكفالة فانها تصح
بدون رضا المكفول عنه قال ويبرأ المحيل بالقبول من الدين وهذا حكمها وقال زفر لا يبرأ
لان المقصود بها التوثق وهو بازدياد المطالبة كالكفالة لا يؤثر في سقوط ما كان له من المطالبة
وقال ابن ابي ليلى يبرأ في الكفالة ايضا اعتبارا بالحوالة ولنا ان الاحكام الشرعية تثبت
على وفق المعاني اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل لان الدين
متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها والكفالة معناها الضم فيقتضي ان يكون موجبها ضم الذمة الى الذمة
ولا يتحقق ذلك مع براءة ذمة الاصيل والاستيثاق فيهما بالضم وفي الحوالة باختيار من هو الاملى
من المحيل واحسن منه في القضاء ولا يقال لو برئ لما اجبر المحتال على القبول اذا قضاه المحيل

الدين كما لو قضاه الاجنبي لانا نقول الاجنبي متبرع والمحيل غير متبرع لانه يحتمل عود المطالبة اليه
بالتوى فلم يكن اجنبيا اذ قصده دفع الضرر عن نفسه ثم اختلفوا في البراءة فقال ابو يوسف يبرأ عن الدين
والمطالبة وقال محمد يبرأ عن المطالبة فقط ولا يبرأ عن الدين وثمرة الخلاف تظهر في موضعين احدهما اذا
ابرأ المحتال المحيل من الدين قال ابو يوسف لا يصح وقال محمد يصح والثاني ان الراهن اذا احال المرتهن
بالدين على انسان كان للراهن ان يسترد الرهن عند ابي يوسف كما لو ابراه من الدين وعند محمد ليس له
ذلك كما لو اجل الدين هكذا ذكره المرغيناني وذكر في الزيادات ان البائع اذا احال غريما له على المشتري
بالثمن بطل حقه في حبس المبيع لان مطالبته سقطت وكذا المرتهن اذا احال غريمه على الراهن بطل حقه
في حبس الرهن لانه لم يبق له مطالبة الدين وان احال المشتري البائع على رجل لا يبطل حقه في حبس المبيع لان
المطالبة باقية لان المحال عليه قائم مقام المحيل وكذا اذا احال الراهن المرتهن على رجل لم يبطل حقه
في حبس الرهن لان المطالبة باقية لان المحال عليه نائب المحيل فصار مطالبته كمطالبة المحيل والمكاتب
على عكس ما ذكرنا فانه اذا احال مولاه على رجل يعتق كما ثبتت الحوالة وان كان المحال عليه نائبا عن المكاتب
واذا احال المولى عليه رجلا لا يعتق حتى يؤدي بدل الكتابة وان لم يكن للمولى حق مطالبة المكاتب والفرق
ان حرية المكاتب معلقة ببراءة ذمته وقد برئت اذا احال المكاتب مولاه على رجل واما اذا احال المولى عليه
رجلا لا يبرأ واما الرهن فللوثيقة فيبقى ما بقيت المطالبة ويبطل اذا بطلت وكذا البيع اعلم ان الحوالة
المكاتب مولاه على رجل انما تجوز اذا كان له على الرجل دين او عين وقيدها بها لان المحتال يكون نائبا عن
المكاتب في القبض فيجوز وان لم يكن له واحد منهما او كان له ولم يقيدها به لا يجوز لان الحوالة نقل الدين من
ذمة المحال عليه فصار الواجب على المحال عليه عين الواجب على المحيل حكما فلو صحت الحوالة ببدل الكتابة
ولزم المحال عليه يكون الواجب على المحال عليه غير الواجب على المحيل وذلك لا يجوز كالكفالة وان كان
المولى هو الذي احال غريمه على المكاتب لا يصح الا اذا قيدها ببدل الكتابة لان مطلقها تبرع وليس
المكاتب من اهله وليس للمولى ان يتصرف فيه حتى يلزمه بخلاف ما اذا تحمل الغير عن مولاه على ما مر
من قبل قال ولم يرجع المحتال على المحيل الا بالتوى وقال الشافعي لا يرجع عليه عند التوى
لان ذمة المحيل قد برئت براءة مطلقة بالحوالة فلا يعود الدين الى ذمته الا بسبب جديد فصار
كالغاصب وغاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين احدهما برئت ذمة الآخر بالتوى
عنده لا يعود الحق على الآخر وكالمولى اذا اعتق عبده المدبر فان الغرماء يخيرون بين تضمين المولى
قيمته وبين اتباع المعتق فان اختاروا احدهما وتوى ما عليه لا يرجعون على الآخر ولنا ما روي
عن عثمان رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا في المحال عليه اذا مات مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل
وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولان المقصود من شرعه الوصول الى حقه بالاستيفاء من الثاني
لا مجرد الوجوب لان الذمم لا تختلف في نفس الوجوب وانما تختلف في الايفاء هذا هو المعلوم بين الناس
والمعلوم كالمشروط فعند فواته يجب الرجوع الا ترى ان البيع لما كان في العرف ان يراد به سلامة
المبيع فعند فواته يجب الرجوع الا ترى ان البيع لما كان للمشتري سلامته من العيب فعند فواته
بالاستحقاق او بالهلاك قبل القبض او عند فوات وصف السلامة يرجع المشتري بالعوض قلنا

وبهذا الا ان ذمة المحال عليه خلف عن ذمة المحيل بالحوالة فهو نظير ما اذا فات الخلف رجع بالاصل بخلاف الغاصب
وغاصب الغاصب فان احدهما ليس بخلف عن الاخر وانما ثبت للمالك الخيار ابتداء بملك المغصوب من ايهما شاء
فيأخذ منه عوضه من غير ان يحيله عليه احد فلا يرجع على احد وكذا المولى والمعتق احدهما ليس بخلف عن
الاخر الا ترى انه ليس بثابت على احدهما معينا حتى ينتقل الى الاخر فافترقا قال وهو ان يجحد
الحوالة ويحلف ولا بينة عليه او يموت مفلسا اي التوى يكون باحد امرين لا ثالث لهما اما ان يجحد المحال
عليه الحوالة ويحلف ولا بينة للمحيل ولا للمحتال او يموت مفلسا بان لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا
كفيلا لان التوى هو العجز عن الوصول الى حقه ويتحقق ذلك بهما وهذا اذا ثبت موته مفلسا بتصادقهما فيهما
فان اختلفا فيه فقال المحتال مات مفلسا وانكر الاخر فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم لتمسكه بالاصل
وهو العسرة قال وقالا هذا اذا كان هو وجهان وامر ثالث وهو ان يفلسه الحاكم بعد ما حبسه لا يكون توى عند ابي حنيفة
وقالا هو توى لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما فصار كعجزه عن
الاستيفاء بالجحود او بموته مفلسا ولابي حنيفة ان الدين ثابت في ذمته وتعذر الاستيفاء لا يوجب
الرجوع الا ترى انه لو تعذر بغيبة المحال عليه لا يرجع على المحيل وهذا لان التوى في الدين لا يتصور
حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من ان يكون صالحا للوجوب بموته معدما او بالجحود ولان
الافلاس لا يتحقق عنده لان المال غاد ورائح يمسي الانسان فقيرا ويصبح غنيا وبالعلم ويحتمل
انه استغنى في مجلس الحكم بان مات له قريب يرثه وهذا نظير ما لو جرح الخصم الشهود واقام البينة عليه
لا يقبل لانه لا يتحقق احتمال توبته في المجلس وقيل هذه المسألة مبنية على تحقق الافلاس وعدمه ولو مات
وترك رهنا رهنه غيره بامره او بغير امره وسلطه على البيع او لم يسلطه يعود الدين الى ذمة المحيل لان
عقد الرهن لم يبق بعد موت المحال عليه مفلسا اذ لم يبق الدين عليه والرهن بدين ولا دين محال بخلاف ما
اذا ترك كفيلا بامره او بغير امره لان الكفيل خلف عنه قال فان طالب المحتال عليه المحيل بما احال
فقال المحيل احلت بدين لي عليك ضمن مثل الدين اي ضمن المحيل لان سبب الرجوع قد تحقق وهو اداء المحيل
وهو قضاء دينه بامره فيرجع عليه ولا يقبل قوله في دعوى الدين على المحال عليه لانه ينكره المحال عليه
والقول قول المنكر ولا يكون الاقرار من المحال عليه بالحوالة اقرارا منه بالدين عليه ولا قبول
الحوالة يدل عليه دينا لان الحوالة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة بما على المحال عليه بل حقيقة
الحوالة ان تكون مطلقة اذ المقيدة توكيل بالاداء والقبض فلم يوجد ما يدل على وجوب الدين عليه فيضمن
له قال وان قال المحيل للمحتال احلتك لتقبضه لي فقال المحتال احلتني بدين لي عليك فالقول
للمحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر فالقول للمنكر ولا يكون الاقرار من المحيل بالحوالة واقدامه
عليها اقرارا منه بان عليه دينا للمحتال لان لفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة قال محمد رحمه الله اذا
صار رأس مال المضاربة ديونا وامتنع المضارب عن التقاضي وليس في المال ربح لا يجبر ولكن يقال له احل رب
المال او وكله فاذا احتمل التوكيل لا يحكم له بالدين على المحيل بمجرد دعواه بل يكون القول للمحيل اذ هو متمسك
بالاصل لان فراغ الذمم هو الاصل ولو لم يدع الدين على المحيل بل ادعى ان الدين الذي على المحال
عليه ثمن مال له باعه المحيل له بطريق الوكالة منه وادعى ان الدين له وقد صار اليه عين حقه

لا يقبل قوله ايضا اذا انكر المحيل ذلك لانه لما اقر له باليد والتصرف له في ذلك المال والانسان
يتصرف ظاهرا لنفسه لا يسمع ان ذلك المال كان له بلا حجة فيكون القول للمحيل قال ولو احال
بماله عند زيد وديعة صحت فان هلكت برئ اي اذا كان له وديعة دراهم عند شخص فاحال بها
غريمه صحت الحوالة لانه اقدر على التسليم فكانت اولى بالجواز فان هلكت برئ لان الحوالة مقيدة
بها اذ لم يلتزم التسليم الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب حيث لا يبرأ به لانه يخلف القيمة
والفوات الى خلف كلا فوات حتى لو هلك المغصوب الى غير خلف بان يستحق بالبينة صار مثل الوديعة
وقد يكون مقيدة بالدين فحاصله ان الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة ان يقيده بالدين الذي
له عليه والعين في يده وديعة او غصبا ونحوه والمطلقة ان يرسل الحوالة ارسالا ولا يقيده بالدين الذي ولا بما عنده
من وديعة او غصب او دين وحيلة على رجل ليس عليه شيء مما ذكرنا والكل جائز لما روينا ولما ذكرنا من
المعنى ولان كلا منهما يتضمن امورا جائزة عند الانفراد وهي تبرع المحال عليه بالالتزام في ذمته
والايفاء وتوكيل المحتال بقبض الدين او العين من المحال عليه وامر المحال عليه بتسليم ما عنده من العين
او الدين الى المحتال فجوزناه بالاجماع وحكم المطلقة ان لا يسقط حق المحيل من الدين والعين ولكن المحال
عليه يرجع على المحيل بعد ادائه اذا كانت الحوالة برضاه وليس له ان يرجع قبل الاداء ولكن له ان
يلازمه اذا لوزم ويحبسه اذا حبس حتى يخلصه كما في الكفالة ولو كان الدين مؤجلا على المحيل كان مؤجلا
في حق المحال عليه كما في الكفالة ثم لا يصير الدين حالا حتى بموت المحيل لانه خرج من البين وصار
اجنبيا ويحل بموت المحال عليه لان الاجل كان حقه وقد استغنى عنه وحكم المقيدة ان لا يملك المحيل
مطالبة المحال عليه بما احاله به من دين او عين لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن ولو ملك
المطالبة لبطل حق المحتال ولا يملك ذلك كما لا يملك ابطال حق المرتهن بخلاف المطلقة لانه
لا يتعلق حقه بالعين او الدين بل يتعلق بذمة المحال عليه فلا يبطل الحوالة باخذ ما عنده او عليه من
العين او الدين الا ترى انها لا تبطل بهلاكه فكذا باخذه بخلاف المقيدة لانه منها لم يلتزم الاداء
الاداء الا منها فلو اخذه لبطل حقه ولو ابرأ المحتال المحال عليه عن الدين اخذ المحيل ما كان عنده
من الدين والعين كالمرتهن اذا ابرأ الراهن يرجع برهنه ولو وهبه له ليس له ان يرجع بدينه لان
المحال عليه ملكه بالهبة وكذا اذا ورثه ولو مات المحيل كان الدين والعين المحال بهما بين غرمائه
بالحصص وقال زفر رحمه الله يختص به المحتال وهو القياس لان حقه متعلق به حال حياته
والمحيل كالاجنبي عنه حتى لا يكون له اخذه فصار كالخارج عن ملكه فلا يقضي به ديونه ولنا ان
ملكه ثابت فيه وتعلق حق المحتال سابق فصار كالمرهون يختص به الراهن لتعلق حقه به سابقا على
حقهم وكدين الصحة يقدم على دين المرض لما قلنا ولان هذا مال المحيل لم يثبت لغيره عليه يد الاستيفاء
فيكون بين غرمائه وهذا لانه لم يملكه المحتال لان تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل بل بالحوالة
وجب للمحتال في ذمة المحال عليه دين مع بقاء دين المحيل ولهذا لو توى ما على المحال عليه يتوى على
المحيل ولم يثبت عليه ايضا يد الاستيفاء لان ثبوت اليد على ما في ذمة الغير لا يتصور وانما لم يكن
للمحيل ان ياخذه لان المحال عليه لم يقبل الحوالة الا ليملك ما في ذمته او ليوفي من ذلك المال

فلو اخذه يفوت الرضا فتبطل الحوالة بخلاف الرهن لانه ثبت عليه يد الاستيفاء ولهذا لو هلك
يهلك على المرتهن فكان هو احق به وكان ينبغي للمحتال ان لا يكون له حق المزاحمة لان دينه
تحول الى ذمة المحال عليه فلا يزاحم غرماء المحيل كما اذا كانت الحوالة مطلقة وانما ثبت له حق
المزاحمة لان الحوالة كانت مقيدة بذلك المال فاذا اخذ منه ذلك المال فات الرضا بالحوالة
فتبطل الحوالة فيعود الدين الى ذمة المحيل على ما كان قبل الحوالة واستوضح ذلك بمسئلة الوديعة
والغصب ونحوهما بخلاف ما اذا كانت مطلقة لان المحيل بالحوالة برئ من دين المحتال وصار المحتال
من غرماء المحال عليه فلم يتعلق له حق بما له فلا يزاحم غرماء المحيل اذا قسم الدين بين غرماء المحيل لا يرجع
المحتال على المحيل بحصة الغرماء لان الدين الذي على المحال عليه صار مستحقا وليس له ان يرجع
عليه بما لو استحق الرهن ولا بما بقي من دينه بعد المحاصة لانه صار تاويا فلا يرجع به على احد
قال وتكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض امن خطر الطريق وصورته ان يقرض ماله
اذا خاف عليه الفوات ليرد عليه في موضع الامن وهو تعريب سفته وسفته شي محكم وسمي هذا القرض
به لاحكام امره وانما كره لما روي انه عليه السلام نهى عن قرض جر نفعا وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة
فلا باس به والله اعلم

باب القضاء

والقضاء في اللغة الاتقان والاحكام قال قائلهم ● وعليهما مسرودتان قضاهما ● داود او صنع
السوابغ تبع ● اي احكم صنعتهما وهو في الشرع فصل الخصومات وانه افضل العبادات وبه امر
كل نبي قال الله تعالى انا انزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال تعالى وان
احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم والحاكم نائب الله تعالى في ارضه في انصاف المظلوم من
الظالم وايصال الحق الى المستحق ودفع الظلم عن العباد والامر بالمعروف والنهي عن المنكر كل ذلك
من الصفات الحميدة يميل اليها كل لبيب ومحاسنه لا تخفى على احد ولولا ذلك لفسد البلاد والعباد
قال رحمه الله اهله اهل الشهادة لان كل واحد منهما يثبت به الولاية على الغير الشاهد بشهادته
يلزم الحاكم ان يحكم والحاكم بحكمه يلزم الخصم ومن صلح شاهدا صلح قاضيا فكانا من باب واحد فيستفاد
احدهما من الاخر قال والفاسق اهل للقضاء كما هو اهل للشهادة الا انه لا ينبغي ان يقلد ولو
كان عدلا ففسق لا ينعزل ويستحق العزل واذا اخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا وكذا لو قضى
بالرشوة لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وقال بعض مشايخنا اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو
عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا دونها كالعبد الماذون له في التجارة
اذا ابق ينعزل ولو اذن له وهو ابق جاز وعن علمائنا الثلاثة في النوادر ان الفاسق لا يصلح قاضيا
والظاهر هو الاول وان العدالة شرط الاولوية وكذا الاجتهاد حتى لو ولي الجاهل القضاء صح
وقال الشافعي لا يجوز الا ان يكون عالما عدلا مامونا لقوله عليه السلام القضاة ثلثة قاضيان في
النار وقاض في الجنة الحديث فسر القاضيين احدهما جاهل يحكم بالجهل والاخر عالم يحكم بالجور
والثالث العالم العادل يحكم بعلمه ولانه مامور بالقضاء بالحق والجاهل عاجز عنه ولا يكلف الله
نفسا الا وسعها والفاسق غير مامون فلا يجوز ولنا ان المقصود ايصال الحق الى المستحق

وجاد صح

وهو يحصل بالعمل بفتوى غيره ولا حجة له في الحديث فانه عليه السلام سماه قاضيا ولولا ان التولية
تصح لما سماه قاضيا ولان الصحابة رضي الله عنهم اجازوا حكم من تغلب من الامراء وتقلدوا منه الاعمال
وصلوا خلفه ولولا ان توليته صحيحة لما فعلوا ذلك قال والفاسق يصلح مفتيا وقيل لا يصلح لانه
من امور الدين وخبره مقبول في الديانات وجه الاول انه يجتهد حذارا النسبة الى الخطا قال ولا
ينبغي للقاضي ان يكون فظا غليظا جبارا عنيدا وينبغي ان يكون موثوقا به في عفافه وصلاحه وفهمه
وعلمه بالسنة والاثار ووجوه الفقه ويكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف لان المقصود
من القضاء دفع الفساد وايصال الحقوق الى مستحقيها واقامة حق الله تعالى وهو من اهم الامور
للمسلمين فالاقوى واجب عليهم فكل من كان اعرف واقدر واوجه واهيب واصبر على ما اصابه من
الناس كان اولى وينبغي للمولي ان يتفحص في ذلك ويولي من هو اولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا
عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين قال والاجتهاد
شرط الاولوية لانه اقدر على الحكم بالحق واختلفوا في حد الاجتهاد قيل ان يعلم الكتاب بمعانيه
والسنة بطرقها والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به الاحكام منهما ومعرفة الاجماع والقياس ليمكنه استخراج
الاحكام الشرعية واستنباطها من ادلتها بطريقها ولا يشترط معرفة الفروع التي استخرجها
المجتهدون باراءهم وقال بعضهم يشترط مع هذا ان يكون عارفا بالفروع المبنية على اجتهاد السلف
كابي حنيفة والشافعي وغيرهما من المجتهدين وقال بعضهم من حفظ المبسوط ومذهب المتقدمين فهو
من اهل الاجتهاد والاشبه ان يقال ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الاثار
او صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل لا بد مع هذا من ان
يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان كثيرا من الاحكام يبتني عليها قال والمفتي
ينبغي ان يكون بهذه الصفة في العلم والامانة لانها اقدر على المقصود وابعد من الغلط واكثر اهتماما
في دينه عند تجدد الحوادث فيكون كلامه اوثق ويعتمد عليه قال وكره التقلد لمن خاف الحيف
اي الظلم كيلا يكون ذريعة الى مباشرة الظلم قال وان امنه لا اي ان امن من الظلم لا يكره
التقلد لان كبار الصحابة رضي الله عنهم والتابعين وعلماءهم تقلدوه وكفى بهم قدوة قال
ولا يسال القضاء لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك
يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم وكره بعض المشايخ
ان يدخل في القضاء مختارا لقوله عليه السلام من ابتلي بالقضاء فكانما ذبح بغير سكين ولان القضاء
بالحق لا يمكنه الا باعوان وقد لا يعينه عليه احد وكان في بني اسرائيل من فرغ نفسه للعبادة
ستين سنة ترجى له النبوة فاذا اشتغل بالقضاء اسوا من نبوته فهذا دل على انه مسقطة
وان تعين هو للقضاء بان لم يكن احد غيره يصلح للقضاء وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين
ودفعا لظلم الظالمين قال ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر ومن اهل البغي
لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية في نوبة علي وكان الحق بيد علي يومئذ وقد قال علي رضي الله
عنه اخواننا بغوا علينا وعلماء السلف تقلدوه من الحجاج الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق فيحرم

يحرم عليه لانه يحصل به ضررا للمسلمين **قال** فان تقلد يسال ديوان قاض قبله وهو الخرائط التي
فيها السجلات والمحاضر وغيرهما من الصكوك ونصب الاوصياء والقيمين للاوقاف وتقدير النفقات
المفروضات لان الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء وهذا لان القاضي يكتب
نسختين احداهما في يده لاحتمال الحاجة اليها والاخرى في يد الخصم وما في يد الخصم لا يؤمن عليه
التغيير بزيادة او نقصان ثم ان كانت الاوراق من بيت المال فلا اشكال في وجوب تسليمها الى
الجديد لانها انما كانت في يد الاول لعمله وقد انتقل العمل الى غيره فلا معنى لتركها في يده بعد العزل
وكذا اذا كان من مال الخصوم او من مال القاضي في الصحيح لان الخصوم وضعوها في يده لعمله
وكذا القاضي يحمل على انه عمل ذلك تدينا لا تمولا فيجب تسليمه اليه ويبعث عدلين من امنائه او
عدلا واحدا والاثنان احوط ليقبضا ديوان المعزول بحضرته او بحضرة امينه ويسألان المعزول
شيئا فشيئا ويجعلان ما يقبضان من نسخ السجلات بجماعته في خريطة وما كان من نصب الاوصياء في اموال اليتامى
بجماعته في خريطة اخرى وما كان من تقدير النفقات بجماعته في خريطة اخرى وما كان من نسخ قيم الاوقاف
بجماعته في خريطة وما كان من الصكوك بجماعته في خريطة لان هذه النسخ كانت تحت تصرف المعزول
فلا يشتبه عليه متى احتاج الى نسخة منها فاما الجديد فيشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع منها في خريطة
وبالجمع يسهل وانما يسألان المعزول وان لم يكن قوله حجة ليكشف عنهما ما اشكل عليهما فاذا قبضا ذلك
ختما عليه تحرزا عن التغيير **قال** وينظر في حال المحبوسين اي القاضي الجديد ينظر في حالهم
لانه نصب ناظرا للمسلمين **قال** فمن اقر بحق او قامت عليه البينة الزمه لان كل واحد منهما
حجة ملزمة ولا يقبل قول المعزول لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة
لا سيما على فعل نفسه وان لم يقم عليه بينة وادعى المحبوس انه حبس ظلما لا يعجل بتخليته **قال**
والا نادى عليه اي ان لم يقم عليه بينة ولم يقر هو نادى عليه لان المعزول حبسه بحق ظاهر فلا يعجل
بتخليته حتى ينكشف له حاله وينادي عليه اذا جلس للحكم اياما ويقول المنادي من كان يطالب فلان
ابن فلان الفلاني المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر والا مضى راي القاضي ان يطلقه
فان حضر له خصم فيها والا اخذ منه كفيلا اذا اطلقه والتفريق لابي حنيفة بين هذه المسألة وبين قسمة
التركة حيث لا يؤخذ من الورثة كفيلا اذا ارادوا القسمة عنده ان الورثة ظهر حقهم في المال فلا يؤخر
الى التكفيل لاحتمال ان يكون له وارث غيرهم لان ذلك موهوم فلا يعارض المحقق وفي هذه المسألة
ان القاضي لا يحبسه الا بحق ظاهر واحتمال حبسه بغير حق موهوم فلا يعارض الظاهر وهذا لان
فعل المسلم يحمل على الصلاح ما امكن فيحمل عليه حتى يظهر خلافه **قال** ويعمل في الودائع وغلات
الوقف ببينة او اقرار لان كل واحد منهما حجة والمراد بالاقرار اقرار من في يده لان اقرار الاجنبي
غير مقبول **قال** ولم يعمل بقول المعزول الا ان يعترف ذو اليد انه سلمها اليه فيقبل قوله فيهما اي في
الودائع وغلات الوقف لان المعزول التحق بالرعايا فلا يقبل قوله فيهما الا ان يعترف الذي في يده ان
القاضي سلمها اليه فيقبل قوله فيهما لانه ثبت باقراره انه مودع القاضي ويد المودع كيده فصار
كانه في يده فيقبل اقراره به الا اذا بدا صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي اليه والقاضي

ولاية صح

يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضي باقراره الثاني والمسألة على اربعة اوجه
اما ان يقر بانه سلمه اليه بعد ما اقر به لغيره او يكذب التسليم وحكمهما ما ذكرناه او يقر بان المعزول سلمه اليه
ثم يقر به لغيره فلا يقبل اقراره الثاني لانه لما اقر بان القاضي سلمه اليه صار كانه في يد القاضي والرابع
ان يقر بان القاضي سلمه اليه ثم يقول لا ادري لمن هو وحكمه ظاهر **قال** ويقضي في المسجد وكذلك
السلطان يجلس للحكم في المسجد وقال الشافعي يكره ذلك لانه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما
المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام وهي ممنوعة من دخوله ولانه بني لذكر الله تعالى ولاقامة الصلوات
لا للخصومات والمنازعات **ولنا** قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان
عليه السلام يفصل الخصومات في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون للحكم في المساجد ولان
الحكم عبادة على ما بينا من قبل فيجوز اقامتها في المسجد كالصلاة ولانه ابعد من الاشتباه على الغرباء وبعض
المقيمين وابعد من التهمة في حق القاضي فكان اولى وليس في بدن المشرك نجاسة ظاهرة وانما ذلك في
اعتقاده والحائض يخبر بحالها لانها مسلمة فيخرج لها القاضي كما اذا كانت الخصومة على الدابة فالجامع
اولى لانه اشهر واسهل على الناس اذا كان وسط البلد وان كان في الطرف يختار مسجدا اخر في وسط
البلدة **قال** او داره لان الحكم عبادة لا يختص بمكان فجاز ان يحكم في منزله فاذا جلس للحكم في منزله
اذن للناس بالدخول عليه ولا يمنع احدا من الدخول فيه ويجلس معه من كان يجلس معه في المسجد ثم لا
باس به اذا كان منزله في وسط البلدة والا فليقعد في وسط البلدة لما ذكرنا فحاصله ان الجلوس
للحكم ان يكون في اشهر الاماكن ومجامع الناس وليس فيه حاجب ولا بواب فصل ولو حكم في اي مكان
شاء جاز ولا يحكم وهو ماش لان الراي لا يجتمع وهو مشغول بالمشي ولا باس بان يقعد في الطريق اذا
كان لا يضيق على المارة ولا باس بان يحكم وهو متكئ لانه يزيد في الراي لزيادة راحة فيه ولكن
القضاء مستوي الجلوس افضل تعظيما لامر القضاء وعن ابي يوسف رحمه الله استفتي عن مسألة
وهو متكئ فاستوى وارتدى وتعمم ثم افتى تعظيما لامر الفتيا ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة
وان جلس وحده فلا باس به اذا كان عالما بالقضاء وان كان جاهلا يستحب له ان يقعد معه اهل العلم
لانه لا يؤمن من ان يزل عن الحق فينبهونه عليه ويجلسهم قريبا منه للمشورة وكذا اهل العدل
للشهادة عليه خلافا للاعوان حيث يكونون بعيدا عنه لانهم لاجل الهيبة وهو اهيب **قال**
ويرد هدية الا من قريبه او ممن جرت عادته بذلك لان الاول صلة الرحم وردها قطيعة
وهي حرام والمراد بالقريب هو ذو الرحم المحرم والثانية ليست لاجل القضاء وانما هي جري على
العادة فلا يتوهم فيهما الرشوة حتى لو كان لهما خصومة او زاد على العادة يرده لانه لاجل
القضاء فيكون من الغلول بغيرهما من الهدايا لانها تشبه الرشوة فيجتنب عنها وعلى هذا كانت
الصحابة رضي الله عنهم **قال** ودعوة خاصة اي لا يحضر دعوة خاصة لانها جعلت لاجله
والخاصة هي التي لا يتخذها صاحبها لولا حضور القاضي وقيل كل دعوة اتخذت في غير العرس
والختان فهي خاصة ولم يفصل في الخاصة بين ان يكون من القريب او من غيره وبينهما اذا جرى
له عادة بها او لم يجر وقال في الكافي وان كان بين القاضي وبين المضيف قرابة يجيبه في الدعوة

والحائض صح

قلت لفظ الحكم غير محفوظ في الحديث والله اعلم

مع

الخاصة لان اجابة دعوته صلة الرحم قال هذا ذكره الخصاف بلا خلاف وذكر الطحاوي ان على قول
ابي حنيفة وابي يوسف لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد يجيب وانما لا يجيب الدعوة الخاصة
للاجنبي اذا لم يتخذ الدعوة لاجله قبل القضا فعلى هذا لا فرق بينها وبين الهدية وهو القياس قال
ويشهد الجنازة ويعود المريض لقوله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق اذا دعاه ان يجيبه واذا
مرض ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته وحق المسلم لا
يسقط بالقضا لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان وان كان للمريض خصومة مع احد لا يعوده قال ويسوي
بينهما جلوسا اي يسوي بين الخصمين في الجلوس لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضا فليسو بينهم
في المجلس والاشارة والنظر ولانه اذا قدم احدهما يجترئ على خصمه ويكسر همة صاحبه فيؤدي ذلك الى
ترك حقه ويجلس الخصمين اذا حضرا بين يدي القاضي ان يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولا
يحتبيان وان فعلا ذلك منعا تعظيما لامر الحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له ويكون
بينهما وبين القاضي قدر ذراعين او نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير تكلف باصغا او رفع صوت
ولا يقعد احدهما من جانب اليمين والاخر من جانب اليسار لان جانب اليمين افضل فلو يقدم ما له على صاحبه
يفعل ذلك بين الكبير والصغير حتى يجب عليه ان يسوي فيه بين الاب والابن وبين الخليفة والرعية
وبين الدني والشريف وهذا دليل على ان للقاضي ان يقضي على المال الذي ولاه القضا وكذا فعل
شريح رضي الله عنه بعلي مع خصمه واحد من الرعية وعلى خليفة رضي الله عنه فاذا سوى بينهما
بالفعل فلا حرج عليه فيما يجد في قلبه من الميل الى احدهما بعد ان يحكم بينهما بالحق لان ذلك لا قدرة له
عليه كما في القسم بين نسائه قال ولتتق عن مسارة احدهما واشارته وتلقين حجته وضيافته
اي يجتنب هذه الاشيا لان فيه تهمة ومكسرة لقلب الاخر ولو اضافهما جملة فلا باس لوجود التسوية
بينهما قال والمزاح اي يجتنب المزاح مطلقا معهما او مع احدهما او مع غيرهما في مجلس الحكم ولا يمزح
في غيره لانه يذهب بالمهابة فحاصله انه لا يكلمهما بغير ما يقدما اليه لاجله فان ذلك يذهب بحشمة
مجلس القضا فاذا حضرا فهو بالخيار ان شا بداهما بالكلام فقال ما لكما وان شا تركهما حتى يبدا آه بالمنطق
وهو احسن فلا يكون مهيجا للخصومة لانه قعد لقطعها واذا تكلم المدعي اسكت الاخر واستمع حتى يفهم
ما يقول فاذا فرغ الدعوى امره بالسكوت واستنطق الاخر اذا طلب المدعي ذلك وقيل من غير
طلبه لانهما اذا تكلما جملة لا يمكن من الفهم هذا اذا كانت دعواه صحيحة وان لم تكن صحيحة قال له قم فصحح
دعواك لان الجواب لا يستحق الا بعد تصحيح الدعوى فاذا صحت وانكر المدعى عليه ساله البينة
فان عجز عنها استحلف المدعى عليه ان طلب المدعي يمينه ويرتب الناس في الفضل على ترتيب مجيئهم فيبدا
بالسابق فالسابق ويجعل في ذلك امينا يخبره ولا يجمع بين النسا والرجال في زحمة بل يجعل الرجال
ناحية والنسا ناحية الا اذا كان لاحدهما على الاخر دعوى فيجلسان بين يديه ويبين الدعوى
قال ويلقن الشاهد اي يجتنب تلقين الشاهد ايضا لان فيه اعانة لاحد الخصمين فيوهم الميل
اليه فيكون فيه كسر قلب الاخر فصار كتلقين احد الخصمين واستحسنه ابو يوسف في غير موضع
التهمة لانه قد يحصر وقد يقول علم مكان قوله اشهد لمهابة المجلس فكان في تلقينه احيا الحق ولانه

في مثله فكان من باب التعاون على البر كاشخاص الغريم وتكفيله وحيلولته بينه وبين اشتغاله قبل ثبوت
الحق عليه وهذا نوع رخصة عند رجوعه اليه بعدما تولى القضا والعزيمة فيما قالا لانه لا يخلو عن نوع
تهمة

فصل

في الحبس ولما كان بعض الناس يستحق العقوبة بسبب دعارته والحبس يصلح
للعقوبة ذكره في باب القضا وجعله من جملته وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله
تعالى في قطاع الطريق او ينفوا من الارض والمراد به الحبس واما السنة فلانه عليه السلام حبس رجلا
بالتهمة وحبس رجلا اخر من جهينة اعتق شقصا له في مملوك واما الاجماع فلان الصحابة رضي الله عنهم
ومن بعدهم اجمعوا عليه الا انه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وزمن ابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم
لم يكن سجن وكان يحبس في المسجد او الدهليز او بالربط ولما كان في زمن علي رضي الله عنه بنى السجن وكان
هو اول من بناه في الاسلام وسمى السجن نافعا ولم يكن حصينا فانفلت الناس منه وبنى سجنا اخر وسماه
مخيسا وقال فيه شعرا الا تراني كيسا مكيسا بنيت بعد نافع مخيسا قال واذا ثبت الحق
للمدعي امره بدفع ما عليه فان ابى حبسه في الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة معناه
يحبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده او التزمه بعقد اذا طلب المدعي حبسه بعد اباءه من الدفع
اليه لانه بالاباء ظهر مطله وبالمال الذي حصل في يده او التزمه بعقد باختياره ظهرت قدرته لانا
تيقنا بحصول المال له والظاهر بقاؤه بالتقلب فيه وكذا لا يلتزم الانسان باختياره ما لا يقدر
عليه عادة فاذا ظهر مطله مع القدرة وهو ظلم لقوله عليه السلام مطل الغني ظلم استحق العقوبة
ثم شرط المصنف رحمه الله الاباء بعد امره ولم يفصل بين ما اذا ثبت الحق عليه ببينة او اقرار وفرق
بينهما في الهداية فقال اذا ثبت بالبينة يحبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره وان لم يثبت باقراره لم
يعجل بحبسه لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا
امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ومثله حكي عن الصدر الشهيد والمحكي عن شمس الايمة السرخسي
على عكس ذلك لانه اذا ثبت بالبينة يعتذر ويقول ما علمت ان له علي دينا الا الساعة فاذا علمت قضيت ولا
يتاتى ذلك في الاقرار والاحسن ما ذكره هنا فانه يومر بالايفا مطلقا لانه يحتمل ان يوفي فلم يعجل بحبسه
قبل ان يتبين له حاله بالامر والمطالبة بذلك والصواب لا يحبسه فيما اذا طلب المدعي ذلك حتى
يساله فان اقر ان له مالا امره بالدفع فان ابى حبسه لظهور مطله وان انكر المال والمدعي يقول له مال
فالقاضي يقول للمدعي الك بينة ان له مالا فان اقام البينة ان له مالا امره بالدفع فان ابى حبسه وان
عجز عن البينة والمدعي يدعي ان له مالا وهو ينكر كان القول قول المدعي فيما ذكر في المختصر من الديون وهو
كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده او التزمه بعقد فيحبسه به لما ذكرنا قال لا في غيره اذا ادعى
الفقر الا ان يثبت غريمه غناه فيحبسه بما راى اي لا يحبسه في غير ما ذكرنا من الديون وذلك مثل ارش
الجنايات وديون النفقات وضمان الاعتاق لان ذلك مما ليس ببدل المال ولا ملتزم بعقد اذا ادعى الفقر
الا ان يثبت المدعي المال بالبينة فحينئذ يحبسه بقدر ما يرى لان المنكر متمسك بالاصل اذ الاصل ان الآدمي
يولد فقيرا لا مال له والمدعي يدعي امرا عارضا فكان القول لصاحبه مع يمينه ما لم يكذبه الظاهر
الا ان يثبت المدعي بالبينة ان له مالا خلافا لفصل المتقدم لان الظاهر يكذبه لان المال حصل في يده

مح

ولا يلتزم الانسان عادة ما لا يقدر عليه فظهر غناه بذلك والمراد بالمهر المعجل الذي يحبس فيه ما تعورف
تعجيله والزائد عليه لا يحبس فيه لانه جرى فيه التسامح بتاخير المطالبة وان كان حالا فلا بد له دخوله
في العقد على انه قادر عليه واختار الخصاف ان القول للمديون في جميع ذلك لانه متمسك بالاصل وهو
العسرة والمدعي يدعي عارضا فلا يسمع قوله وهو مروي عن اصحابنا واختار ابو عبد الله الثلجي ان كل دين
اصله مال كثمن المبيع وبدل القرض فالقول فيه قول المدعي لانه دخل في ملكه مال وعرفت قدرته بذلك
والمنكر يدعي خلاف ذلك فلا يقبل قوله وكل دين لم يكن اصله مالا كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك
كان القول فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل شيء في ملكه ولم يعرف غناه فكان متمسكا بالاصل وهو مروي
عن ابي حنيفة وابي يوسف وقال بعضهم ما كان سبيله سبيل البر والصلة كان القول قول المدعى
عليه كما في نفقة المحارم ونحوه وفيما سوى ذلك القول قول المدعي وقال بعضهم كل دين لزمه بمعاقدته
كان القول فيه قول المدعي اذ لا يلتزم ما لا يقدر عليه والا فالقول للمنكر لتمسكه بالاصل وذكر في كتاب النكاح
ان المراة اذا ادعت ان الزوج موسر وطلبت نفقة الموسرات وادعى هو العسر كان القول قوله وذكر
في كتاب العتاق ان احد الشريكين اذا اعتق العبد المشترك وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان المسئلتان
تخرجان على الاقوال كلها ولا يخالفان شيئا منها فيكون القول فيهما قول المنكر باتفاق الاقاويل
وقال جعفر الثلجي يحكم الزي فان كانت هيئته هيئة الفقراء يعني المديون كان القول قوله وان كانت هيئة
الاغنياء كان القول قول المدعي الا اذا كان من الفقهاء والاشراف والعباسية فانهم يتكلفون في اللبس
فلا يدل على غناهم وقوله يحبسه بما رأى اي يحبسه قدر ما يرى يعني فيما اذا كان القول قول المدعي
او في غيره ولان المدعي اثبت الملك بالبينة او بنكول المدعى عليه او باقراره وهذا يشير الى انه ليس للحبس
مدة مقدرة وانما هو مفوض الى راي القاضي يحبسه حتى يغلب على ظنه انه لو كان له مال لاظهره
ولم يصبر على مقاساته وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره
وما جاء فيه من التقدير بشهرين او بثلاثة او اقل او اكثر اتفاقي وليس بتقدير حتما **قال** ثم يسئل عنه
اي القاضي يسال عن المحبوس بعد ما حبسه قدر ما راه فان قامت بينة على اعساره اخرجه من الحبس ولا
يحتاج فيه الى لفظ الشهادة والعدل الواحد يكفي في هذا والاثنان احوط وكيفيته ان يقول الشاهد ان حاله
حال المعسرين في نفقته وكسوته وحاله ضيقة وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية وقال شيخ الاسلام
رحمه الله هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة
بالاعسار شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليست بحجة فكان للقاضي ان لا يسال ويعمل برايه ولكن لو سال
مع هذا كان احوط **قال** فان لم يظهر له مال خلاه لان عسرته ثبتت عنده واستحق النظرة الى الميسرة
لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فحبسه بعده يكون ظلما **قال** ولم يحل بينه وبين غرمائه اي لا
يمنعهم عن ملازمته وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وزفر يمنعهم لانه منظر بانظار الله تعالى الى
الميسرة فلو كان منظرا بانظارهم بان ضربوا له الاجل لا يكون لهم حق الملازمة قبل الاجل فهذا بانظاره تعالى
بالاولى ولنا نقول هو منظر الى زمان قدرته على الايفاء وذلك يمكن في كل ساعة فيلازمونه فلا يخفيه
ولانه قد يكتسب فوق حاجته الدائمة فياخذون فضل كسبه بخلاف الاجل لان الغريم ليس له ان يطلب قبل

حلول الاجل مع القدرة على ادائه لانه مؤخر وفيما نحن فيه نفس الدين حال وذمته مشغولة ولكن لا يطالب
لعسرته وزوال العسرة متوقع في كل لحظة فيلازمونه **قال** وبعد البينة على افلاسه قبل حبسه لا يقبلها
لانه على النفي فلا يقبل ما لم يتايد بمؤيد وهو الحبس وبعده يقبل على سبيل الاحتياط لا على الوجوب على ما
بينا وعن محمد انها تقبل وبه كان يفتي الفقيه ابو بكر محمد بن الفضل ونصير بن يحيى وعامة المشايخ على الاول
قال وبينة اليسار احق يعني اذا اقام البينة على اليسار واقام المدعى عليه على الاعسار كانت بينة
اليسار اولى لان اليسار عارض والبينة للاثبات **قال** وابد حبس الموسر لان الحبس جزاء الظلم فاذا
امتنع من ايفاء الحق مع القدرة عليه يخلد في الحبس وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه
ثم يسال عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا اخلى سبيله قال فخر الاسلام معنى المسئلة اذا كان جاحدا
فاقر عند القاضي وظهر للقاضي جحوده عند غيره ومماطلته او ظهر له مماطلته بعد ما اقر عند غيره يحبسه
عليه لما مر **قال** ويحبس الرجل بنفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع عن الانفاق بخلاف النفقة الماضية
لانها تسقط بمضي الزمان والا لم تسقط بان حكم الحاكم بها او اصطلح الزوجان عليها فانها ليست ببدل عن
مال ولا لزمه بعقد على ما بينا **قال** لا في دين ولده لان الوالد لا يستحق العقوبة بسبب ولده الا ترى انه
لا يجب عليه القصاص بقتله ولا بقذفه ولا يجب عليه الحد بقذفه ولا بقذف امه الميتة بطلبه **قال**
الا اذا ابى من الانفاق عليه يعني لا يحبس بسبب الابن الا اذا امتنع من الانفاق عليه فانه حينئذ يحبس لان
النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد اهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه الا ترى ان له ان يدفعه بقتله اذا
شهر عليه السيف ولم يمكنه دفعه الا بالقتل ولان دين النفقة يسقط بمضي الزمان فلو لم يحبس عليها يفوت بخلاف
سائر الديون لانها لا تسقط بمضي الزمان فلا يخاف فيها الفوت وكذا حكم الاجداد والجدات وان علوا
وكذا المولى لا يحبس بدين عبده الماذون اذا لم يكن على العبد دين لانه ماله للمولى وان كان عليه دين يحبس لانه انما
الحبس لحق الغرماء وهم اجانب فلا يمتنع ولا يحبس العبد بدين المولى لانه لا يجب له عليه دين والمولى يحبس بدين
مكاتبه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس لوقوع المقاصة ولانه اذا كان من جنسه
فقد ظفر بجنس حقه فله اخذه بخلاف ما اذا كان من خلاف جنسه لانه ليس له ان يجعله بالدين الا برضاه
والمولى بمنزلة الاجنبي عنه حتى يجب عليه الارش بالجناية ويضمن ما اتلف من ماله فكذا يحبس بدينه اذا ظهر ظلمه
بالمماطلة ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة لانه لا يصير ظالما بالامتناع عن بدل الكتابة لتمكنه من فسخ
الكتابة من غير رضا مولاه ويحبس بدين اخر عليه غير الكتابة لانه يصير ظالما بمنعه اذ لا يقدر على فسخ بسبب
ذلك الدين وقال بعض مشايخنا لا يحبس فيه ايضا لانه يتمكن من اسقاط هذا الدين ايضا بان يعجز نفسه
فيرد رقيقا فيسقط عنه دين المولى فصار كبدل الكتابة الا ترى ان الكفالة به لا تجوز كما لا تجوز ببدل الكتابة
بخلاف ما اذا كان الدين للاجنبي والفرق بينهما على الظاهر ان بدل الكتابة ليس بدين على الحقيقة لانه صلة
من وجه بخلاف غيره من الديون **ثم** صفة الحبس ان يكون في موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يخلي
احد يدخل عليه يستانس به ولا يخرج لجمعة ولا جماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة ولو اعطي هلال
رمضان ولا للاعياد ليضجر قلبه ويوفي ولا يخرج لموت قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج
حينئذ لقرابة الولاد وفي رواية يخرج وان وجد من يجهزه وان مرض مرضا اضناه فان كان له من يخدمه

لا يخرج ولا اخرج ولا يخرج للمعالجة لانه يمكنه المعالجة في السجن وان احتاج الى الجماع لا يمنع من دخول امرأته او جاريته عليه ان كان في السجن موضع خال لان قضاء شهوة الفرج كقضاء شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطء من فضول الحوائج بخلاف الاكل والشرب فان منعه يؤدي الى الهلاك وهو يرخص له تناول مال الغير حالة المخمصة خوفا من الهلاك وكيف يجوز منعه لاجل الدين ولا يمنع من دخول قرابته وجيرانه عليه لانه يحتاج اليهم للمشاورة والتدبير في قضاء الدين ولكن لا يمكنون من المكث طويلا والمال الذي يحبس فيه غير مقدر حتى يحبس في درهم وما دونه لان مانعه ظالم متعنت والله اعلم بالصواب ۞

باب كتاب القاضي الى القاضي وغيره

اعلم ان هذا الباب ليس من كتاب القضاء لانه اما نقل شهادة او نقل حكم وكل ذلك ليس منه وانما اورده فيه لانه من عمل القضاة فكان ذكره فيه انسب **قال** ويكتب القاضي الى القاضي في غير حد وقود وهذا استحسان والقياس لا يجوز لان كتابة لا يكون اقوى من عبارته فلو حضر بنفسه الى القاضي المكتوب اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل به فكتابه اولى لان الكتاب قد يزور والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم فكان احتمال الامن ثابتة ووجه الاستحسان ما روي ان عليا كرم الله وجهه اجاز ذلك لحاجة الناس اليه لانه قد يتعذر على الانسان الجمع بين شهوده وخصمه ثم هو على ضربين نقل حكم وهو المسمى سجلا وسيأتيك بيانه ونقل شهادة وهو المراد هنا ولا يقال يستغنى عنه بالشهادة على الشهادة فلا حاجة اليه لانا نقول يحتاج القاضي في الشهادة على الشهادة الى تعديل الاصول وقد يتعذر ذلك لاسيما اذا كان في بلاد الغربة ويتعسر نقل الشهادة على وجهها ايضا اذ اكثر الناس لا يحسنون ذلك وفي كتاب القاضي يغنيه عنه لانه هو يعدل الشهود ولا يحتاج معه الى نقل الشهادة وانما يعمل بالكتاب فحسب ولا يجوز في الحدود والقصاص لما فيه من الشبهة بزيادة الاحتمال **وقوله** في غير حد وقود يدخل تحته كل حق لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق والشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل اذا كان موجبا للمال والنسب من الحي والميت والغصب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة والاعيان المنقولة كالعبد والجارية وغير المنقولة كالعقار يروى ذلك عن محمد وعليه المتأخرون وهو الذي يعنى به الضرورة وفي ظاهر الرواية لا يجوز في المنقول للحاجة الى الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة بخلاف العقار وغيرها من الحقوق لانها تعرف بالوصف اذ لا يمكن الاشارة الى الدين وامثاله والعقار يعرف بالحدود ولا يحتاج الى احضاره الى مجلس الحاكم فصار كالدين وفي دعوى النكاح المقصود نفس النكاح لا نفس المرأة او نفس الرجل وانما هما كالدائن والمدين والنكاح كالدين وكذلك الطلاق فلا يحتاج فيه الى الاشارة وعن ابي يوسف انه اجازه في العبد دون الامة وغيرها من المنقولات لغلبة الاباق فيه ولتعذر دفع الامة الى رجل ليحكم له بالملك لينقلها الى الكاتب وعنه انه اجاز في الامة ايضا بشرائطه وهي ان يحلف المدعي انه كان له عبد ابق وهو اليوم في يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته ويكتب القاضي ويذكر انه شهد عندي فلان وفلان بان العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا او قامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعي هذا وقد ابق الى بلدة كذا وهو اليوم عند فلان بغير حق فاذا وصل الكتاب

اليه وثبت عنده انه من عند الكاتب وفضه بشروطه على ما يجيء سلم العبد الى المدعي من غير ان يقضي له بالملك لان الذين شهدوا لم يشهدوا بحضرة العبد ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل خاتما من رصاص في عنق العبد حتى لا يتعرض له متعرض في الطريق انه سرقه ويكتب كتابا الى الكاتب بذلك ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الكتاب الى القاضي الكاتب وشهد الشهود ان هذا كتابه وختمه امر المدعي ان يحضر شهوده الذين شهدوا عنده فيعيدوا الشهادة بالاشارة الى العبد انه ملكه فاذا شهدوا حكم به وكتب الى المكتوب اليه اولا ليبرئ كفيله وقيل لا يحكم له به لان الحكم على الغائب لا يجوز لان الشخص الذي كان عنده العبد هو الخصم وهو غائب ولكن يكتب ما جرى ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد والكتاب معه الى ذلك الحاكم حتى يقضي له به بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه فعل هو كذلك ويبرئ الكفيل وانما فعل به كذلك ليقطع وهم الشبهة لانه ربما يشاركه غيره في الاسم والصفة والحلية وفي المقضي عليه وهو الذي في يده العبد وهذه الجهالة بالاحضار والاشارة اليه ترتفع فلهذا يكتب احضاره والجارية كالعبد فيما ذكرنا الا انه لا يسلمها الى المدعي بل يبعثها مع امين معه **قال** فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وحضور الخصم **قال** وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا اي كتاب الحكم يسمى سجلا وانما كتب حتى لا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا له والا فلا يحتاج الى الكتابة الحكم لانه قد تم بحضور الخصم بنفسه او من يقوم مقامه الا اذا قدر انه غاب بعد الحكم عليه وجحده فيحتاج ان يكتب له ليسلم اليه حجة او لينفذ حكمه **قال** والا لم يحكم اي ان لم يكن الخصم حاضرا لا يحكم لان الحكم على الغائب لا يجوز لما عرف في موضعه ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ خلاف مذهبه لان الاول محكوم به فلزمه والثاني ابتداء حكم فلا يجوز له **قال** كتب الشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة لان الحاكم الكاتب لم يحكم بالشهادة وانما نقلها ليحكم بها المكتوب اليه ولهذا يحكم المكتوب اليه برأيه وان خالف رأيه رأي الكاتب بخلاف السجل فانه ليس له ان يخالفه وينقض حكمه لان الاول قد استحكم بالقضاء وهو فصل مجتهد فيه ان كان الخصم غائبا والا فمتفق عليه فلا يجوز لاحد من القضاة نقضه فاذا لا فرق بين كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة الا من حيث ان شهود الفرع يشهدون على شهادة الاصول والناقلون لكتاب القاضي يشهدون على ان الكتاب من القاضي وان القاضي المكتوب اليه لا يحتاج الى تعديل الشهود الذين شهدوا في الحادثة وفي الشهادة على الشهادة لابد من تعديلهم **قال** ويقرأ عليهم ويختم عندهم ويسلمه اليهم اي القاضي الكاتب يفعل ذلك كله وهو من شرائطه لانهم يشهدون عند الثاني فلابد من ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه اذ لا شهادة بدون العلم او يعلمهم بما فيه لان المعرفة تحصل به وهو المقصود ولابد من ختمه بحضرتهم ثم يسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير ولابد للشهود من حفظ ما فيه لانهم يشهدون به كما في سائر الشهادات ومن شرائطه ايضا ان يكون للكتاب عنوان وهو ان يكتب فيه اسمه واسم ابيه وجده واسم القاضي المكتوب اليه واسم ابيه وجده حتى لو اخل بشيء منها لا يقبل الكتاب وكتابة العنوان من داخل الكتاب حتى لو كان على الظاهر لا يقبل وقيل هذا في عرفهم اما في عرفنا فالعنوان يكون على الظاهر فيعمل به ويكتب فيه اسم المدعى عليه والمدعي على وجه يقع به التمييز وذلك بذكر جدهما وبذكر الحق فيه ويذكر الشهود ان شاؤا وان شاؤا

الذين يؤدون شهادتهم وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يشترط على الشهود الا نقل الكتاب والشهادة على
انه كتاب فلان ولا على القاضي سوى كتابة الحاجة التي لا بد من معرفتها واختاره شمس الائمة رحمه الله
لكونه اسهل **قال** فان وصل الى المكتوب اليه نظر الى ختمه ولم يقبله الا بحضرة الخصم وشهود لان هذا الكتاب
للحكم به فلا يقبله الا بحضور الخصم كالشهادة بخلاف القاضي الكاتب حيث يسمع الشهادة ويكتبها
والخصم غائب لانه للنقل لا للحكم ونظيره الشهادة على الشهادة حيث يشترط فيها حضور الخصم عند
الاداء لا عند التحمل ويجوز ان يزور الكتاب فلا يقبله الا ببينة عند انكار الخصم انه كتاب القاضي وان اقر فلا
حاجة الى اقامة البينة انه كتابه ولا يلزم كتاب المستامن من اهل الحرب حيث يعمل به وان لم يقم به بينة
بانه كتابهم لانه ليس بملزم وهذا ملزم فلا بد من حجة تامة من شهادة رجلين او رجل وامراتين او اقرار
الخصم ولا يلزم رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي فانه يجوز معتبرا لا بينة لانه لا
الالزام فيه بشهادة الشهود لا بالتزكية وقال ابو يوسف رحمه الله ياخذ القاضي المكتوب اليه الكتاب
بغير بينة ولكن لا يعمل به الا ببينة **قال** فان شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه
وقراه علينا وختمه فضه القاضي وقراه على الخصم والزمه ما فيه يعني اذا ثبتت عدالتهم عنده بان
كان يعرفهم بالعدالة او وجد في الكتاب عدالتهم بان كان القاضي الكاتب قد كتب عدالتهم او سال من
يعرفهم من الثقات فزكوا واما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم لانه لا يجوز الحكم الا بعد
ظهور عدالتهم لانه قد لا تثبت عدالتهم فيحتاج المدعي الى غيرهم من الشهود لاثبات ان الكتاب من القاضي
لانهم يشهدون بذلك قبل الفتح كالشهود الاول بخلاف قبول الكتاب حيث يقبله اذا شهدوا انه كتابه
قبل ثبوت عدالتهم بحضرة الخصم **وقوله** سلمه الينا الى اخره شرط للحكم به حتى اذا قالوا لم يسلمه الينا
او لم يقراه علينا او لم يختمه بحضرتنا لم يعمل به وشرط في الذخيرة حضور الخصم لقبول البينة بانه كتاب
فلان لا لقبول الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز والاشبه ان يكون هذا قول ابي يوسف فان
عنده يقبله من غير بينة ومن يد المدعي ايضا اذا جاء به وحده وكذا اسهل ايضا عند الاثبات فقال اذا
شهدوا انه كتابه ولم يشهدوا بالختم وغيره قبله فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة
ولو وجد في الكتاب ما يخالف شهادتهم رده ثم لا بد من مسافة بين القاضيين حتى يجوز كتاب القاضي
واختلفوا في تلك المسافة فمنهم من قال هي معتبرة بالشهادة على الشهادة وهي مسيرة ثلثة ايام في ظاهر
الرواية وعن ابي يوسف ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد
وعن محمد انه يجوز الشهادة على الشهادة وان كان الاصل صحيحا في المصر وذكر الكرخي في اختلاف
الفقهاء ان كتاب القاضي الى القاضي مقبول وان كانا في مصر واحد فلهما اعتبراه بالتوكيل وفي الظاهر
اعتبر الحجر **قال** ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله يعني اذا مات او عزل قبل وصول الكتاب
الى الثاني او بعد وصوله قبل ان يقراه عليهم لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة فموت الاصول
قبل اداء الفروع الشهادة يبطل شهادة الفروع فكذا هذا وكذا اذا جن الكاتب او ارتد او قذف فحد
او عمي وقال ابو يوسف لا يبطل لان المكتوب اليه يقضي به ذكر قوله في الامالي وهو قول الشافعي
لهما ان القاضي الكاتب بمنزلة شهود الفرع وكتابه بمنزلة اداء شهود الفرع الشهادة لانه ينقل

يوسف صح

شهادة الذين شهدوا بالحق الى القاضي المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فصار بمنزلة شهود الفرع
اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء بها فانه لا يمنع القضاء فكذا هذا وهذا الحكم في كل شاهد مات بعد
اداء الشهادة قبل الحكم بها **ولنا** ان القاضي الكاتب وان كان ينقل شهادة الذين شهدوا عنده الا ان لهذا
النقل حكم القضاء الا ترى ان هذا النقل لا يصح الا من القاضي ولا يشترط فيه عدد ولا لفظ الشهادة ووجب
على القاضي الكاتب هذا النقل بسماع البينة كما يجب على القاضي بسماع البينة قضاء فثبت ان لهذا النقل
حكم القضاء ولم يتم بعد لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء على المكتوب اليه قبل
وصول الكتاب اليه وقبل قراءته لان العلم بالمقضي به شرط لوجوب القضاء فلم يتم النقل فيبطل بموت القاضي كما
في سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل تمامها بخلاف شهود الفرع اذا مات الاصول بعد ادائهم الشهادة
لانهم اوجبوا الحكم على القاضي بشهادتهم فلا يسقط عنه الوجوب بموت الاصول او بموت الفروع كما في سائر
الشهادات اذا مات الشهود بعد الاداء قبل الحكم بشهادتهم فانه لا يسقط عنه الوجوب فكذا هذا ولو قبله مع
هذا وحكم به ثم رفع الى قاض اخر وامضاه جاز لان قضاءه صادف محلا مجتهدا فيه لان هذا القضاء مختلف فيه
واذا كان الاختلاف في نفس القضاء ينفذ بالتنفيذ من قاض اخر بخلاف ما اذا كان الاختلاف قبل القضاء حيث
ينفذ بنفس القضاء كما عرف في موضعه ولو مات القاضي الكاتب بعد ما قرا الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية
وحكم به المكتوب اليه لانه وجب عليه القضاء به بالقراءة فلا يبطل بالموت كما لو مات الشاهد بعد اداء الشهادة
قبل الحكم بها وفيه خلاف زفر ويعقوب انه لا يقضي به اذا مات قبل قضائه **قال** وموت المكتوب
اليه الا اذا كتب بعد اسمه والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين اي يبطل الكتاب بموت القاضي المكتوب
اليه الا اذا كتب الى فلان القاضي والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين حينئذ لا يبطل بموت القاضي
المكتوب اليه والضمير في قوله بعد اسمه عائد على القاضي المكتوب اليه وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل
وان لم يقل ذلك ويحكم القاضي الذي جاءه به كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين
ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة يتفاوتون في الامانة فصار نظير
الامناء في الاموال بخلاف ما اذا قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اعتمد الكل فكانوا مكتوبا
اليهم بخلاف ما اذا قال ابتداء الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين حيث لا يجوز ان يعمل به احد لان اعلام
ما في الكتاب والمكتوب اليه شرط وتمام الاعلام لا يحصل بهذا القدر واذا اعتبر واحدا حصل التعريف له وصح
كتاب القاضي الى القاضي وصار غيره تبعا له واجاز ابو يوسف رحمه الله من غير تعيين احد من القضاة
حين ابتلي بالقضاء واستحسنه كثير من المشايخ تسهيلا للامر ولا يقبل القاضي رسالة قاض اخر وان
قامت عليها بينة لانه ينقل عبارته فيكون كان القاضي حضر وتكلم به وهو لو حضر وتكلم به لا يسمع كلامه
لانه كواحد من الرعية في غير موضع ولايته بخلاف الكتاب لانه كتبه في مجلس حكمه فكان الكتاب منه كالخطاب
للقاضي المكتوب اليه مشافهة لصدور الكتاب من موضع القضاء او يقول ان الكتاب لا يقبل قياسا وانما قبل
للضرورة ولا ضرورة الى الرسالة لان في الكتاب غنية عنه فبقي على اصل القياس ويجوز للقاضي المكتوب
اليه ان يكتب كتابا الى قاض اخر اذا تعذر حضور خصمه عنده وكذا للمكتوب اليه ثانيا ان يكتب الى اخر الى
ما لا يتناهى لان الشهادة الواقعة عند الاول صارت منقولة الى المكتوب اليه حكما فصاروا كانهم

شهد واعتبر حقيقة فجاز له ان يفعلها الى غيره اذ الحاجة الى فعلها مرارا ماسة وهي المحوجة للنقل لا يموت الخصم يعني لا يبطل الكتاب بموت الخصم لان وارثه يقوم مقامه فينفذ عليه وعلى هذا لو مات المدعي ينبغي لا يبطل لان قريبه يقوم مقامه فينفذ له وكما يجوز كتاب القاضي الى القاضي يجوز كتاب القاضي الى الامير والى ان كان في مصره اقتصر على قوله اصلح الله الامير ولا يحتاج الى غير ذلك وان كان في مصر اخر فلا بد من ذكر الاسم والنسبة والختم والشهادة كما في كتاب القاضي الى القاضي والقياس ان لا يجوز في مصره الا به ولكن استحسنوا ذلك للعادة فان القاضي يكتب الى الوالي ويستعين به فيما عجز عن اقامته في كل وقت ولو شرط ذلك لحرجوا اذ كل واحد لا يحضر مجلس الامير ليشهد والامير لا يمكنه الفحص عن احوال الشهود فقبل الكتاب للضرورة ولا يثبت الضرورة والعادة فيما اذا كان الامير في مصره وان كان الامير في مصر اخر غير المصر الذي فيه القاضي بقي على اصل القياس لعدم جريان العادة والضرورة لقلة وقوعه قال وتقضي المراة في غير حد وقود لان القضاء يستقى من الشهادة على ما بينا وشهادتها جائزة في غير الحدود فكذا يجوز قضاؤها فيها ولا يجوز قضاؤها في الحدود والقصاص كشهادتها فيهما لما فيهما من شبهة البدلية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز ان تولى المراة القضاء لقصور عقلها قلنا هي من اهل الولاية وبه تصير اهلا للشهادة فكذا للقضاء كالرجل قال ولا يستخلف قاض الا ان يفوض اليه ذلك بخلاف المامور بالجمعة لانه فوض اليه القضاء لا التقليد فلا يتصرف في غير ما فوض اليه كالوكيل لا يوكل بدون اذن الموكل وفي الجمعة جوزنا للمامور بها ان يستخلف لتوقتها على شرف الفوات ثم ان احدث قبل ان يشرع في الجمعة لم يجز له ان يستخلف الا من شهد الخطبة لانها شرط فيها فلا تنعقد دونها وان كان شرع فيها جاز ان يستخلف من لم يدرك الخطبة لانها انعقدت بالاصل فكان الثاني بانيا فلا يشترط للبنا ما يشترط للافتتاح ولانه لما دخل معه في الصلاة جازت صلاته معه والتحق بمن شهد الخطبة حكما اذ هي لا تجوز الا بالخطبة ولهذا لو افسد المستخلف الجمعة واعادها جاز وان لم يدرك الخطبة لما ذكرنا ولو استخلف مع ذلك بحكم الخليفة فاجازه القاضي جاز اذا كان المستخلف اهلا للقضاء وان كان رقيقا او محدودا في قذف او كافرا لم يجز وهذا اذا قضى بحضرة القاضي جاز لان مقصود الامام بتوليته حضور رايه كالوكيل بالبيع والشرا اذا وكل غيره فباشر وكيله بحضرته او بغيبته فاجازه ولو فوض اليه الامام ان يستخلف بان قال له ول من شئت له ان يولي من شاء فيصير نائبا عن الامام في التولية حتى لا يملك عزله كالوكيل اذا اذن له الموكل بالتوكيل فوكل صار وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الوكيل عزله ولا ينعزل بموته وينعزل بموت الموكل بخلاف الوصي حيث يملك الايصا الى غيره ويملك التوكيل والعزل في حياته لان اوان ثبوت حكمها بعد موت الموصي وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصية ولا يمكنه الرجوع الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته بغيره دلالة كيلا يفوت مصالحه بخلاف الامام والموكل لانهما يتصرفان بانفسهما فلا يفوتهما المصالح ولو فوض اليه العزل بان قال استبدل من شئت كان له العزل لانه نائب عن الامام فلا يملك الا ما اطلق له لان رضاه بتصرفه لا يدل على رضاه بتولية غيره لان الناس متفاوتون في الامانة والتصرف قال وان رفع اليه حكم قاض امضاه ان لم يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع لانه لا مرية لاحد

الاجتهاد الثاني على الاخر وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولانه لو لم ينفذ الاول لما نفذ الثاني ايضا وكذا الثالث والرابع الى ما لا يتناهى لاحتمال ان يجي قاض يرى خلاف ذلك فكان كما قال ضرورة وقد صح ان عمر رضي الله عنه لما كان اشتغل له فقلد القضاء ابا الدرداء فاختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقي عمر رضي الله عنه المقضي عليه فساله عن حاله فقال قضى علي فقال عمر لو كنت انا مكانه لقضيت لك فقال المقضي عليه وما يمنعك عن القضاء قال ليس هنا نص والراي مشترك وروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى في حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض اخر يرى غير ذلك امضاه فيكون الثاني يرى خلاف ما حكم به الاول ولكن فيما ذكره في الكتاب الفقه به فتوهم انه انما يمضيه اذا كان موافقا لرايه وقالوا شرطه ان يكون عالما باختلاف العلماء حتى لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه الثاني ذكره في النهاية معزيا الى المحيط وقال فيه شمس الائمة هذا هو ظاهر المذهب ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان في رواية ينفذ لانه ليس بخطا بيقين وفي اخرى لا ينفذ لانه خطا عنده وقد نهي عن اتباع هوى غيره بقوله تعالى ولا تتبع اهواءهم وعندهما لا ينفذ في الوجهين وعليه الفتوى وقيل الفتوى على النفاذ ذكره في الكافي ثم شرط ان لا يكون مخالفا لما ذكر من الادلة ولو كان مخالفا لها نقضه الثاني لان الاجتهاد على غير من الادلة غير سائغ فينقض وقيد بالسنة المشهورة احترازا عن الغريب والمراد بالاجماع ما ليس فيه خلاف يستند الى دليل شرعي فحاصله ان الذي قضى به الاول لا يخلو من اربعة اوجه اما ان يكون موافقا للدليل الشرعي كالكتاب والسنة والاجماع فلا كلام فيه واما ان يكون مختلفا فيه اختلافا يستند كل واحد الى دليل شرعي فكذلك حكمه لا يتعرض له بنقض بعد ما حكم به حاكم مثاله اذا رفع الى حاكم من اصحاب الشافعي اليمين بالطلاق المضاف فابطل اليمين بعد ولا يقع الطلاق بتزوجها بعده والاحسن ان يقول ابطلت اليمين ونقضت هذا الطلاق واما ان يكون الخلاف في نفس القضاء ففيه روايتان في رواية لا ينفذ ذكره الخصاف وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد قبل القضاء فاذا قضى حينئذ وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء اخر يرجح احدهما وذلك مثل القضاء على الغائب وللغائب وقضاء المحدود في القذف وشهادته بعد التوبة وقضاء الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على الغائب او قضى الفاسق او المحدود لا ينفذ الا اذا رفع الى حاكم اخر فقضى بصحة حكمه حينئذ لزم ولو فسخه انفسخ لان الخلاف في نفس القضاء فقبل القضاء لم يوجد محله واما ان يكون مخالفا للدليل الشرعي وهو النوع الرابع فانه لا ينفذ قضاؤه ولا ينفذ بتنفيذ قاض اخر ولو رفع الى الف حاكم ونفذه لان قضاءه وقع باطلا لمخالفته الكتاب والسنة او الاجماع فلا يعود صحيحا بالتنفيذ وذلك مثل القضاء بشاهد ويمين وبالقصاص بيمين الولي واحد من اهل المحلة ويمينه او بصحة نكاح المتعة والموقت او بصحة بيع عبد معتوق البعض او بحل متروك التسمية عمدا او بجواز نكاح الجدة او امراة الجد او بسقوط الدين بمضي سنين او بجواز بيع جنين ذبحت امه ومات في بطنها او بحل المطلقة ثلاثا للاول قبل ان يدخل بها الثاني او بابطال

قوله فيما ذكره في الكتاب ان اراد الشروح ... فهو غير محتاج اليه لدخول ما يخالف رايه في الاختلاف وان اراد كتاب القدوري ... فلا يكون موهما ... قال الشيخ الاكمل ... لا يوجد من عبارة ... على اختلاف ... لان ترتيب القضاء ... الا بعد ... والله اعلم

عن المرأة عن العقود او بعدم وقوع الطلاق الثلث جملة او بعدم وقوع الطلاق على حبلى او حائض او
قبل الدخول فلذلك لا ينفذ فيه حكم الحاكم لوقوعه باطلا ولا ينفذ بيع امهات الاولاد من هذا القبيل
عند محمد حتى لو قضى بجوازه لا يجوز وعندهما يجوز واصل الخلاف فيما اذا وقع الخلاف في قضية في
عصر ثم اجمع العلماء على احد القولين في عصر اخر بعدهم هل يرتفع الخلاف المتقدم ام لا فعنده يرتفع
فلم يعتبر خلاف المتقدم وعندهما لا يرتفع فيكون خلافه باقيا على حاله وقال شمس الائمة يرتفع به بلا
خلاف وانما ينفذ حكم الحاكم فيه عندهما لان هذا الاجماع ضعيف فينفذ قضا القاضي بخلاف الضعيف
قال وينفذ القضا بشهادة الزور في العقود والفسوخ ظاهرا وباطنا لا في الاملاك المرسلة
اي في الاملاك المطلقة وهي التي لم يذكر سببها معينا وهذا عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع عنه
فقال لا ينفذ الا ظاهرا وهو قول محمد والشافعي لهم ان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فصار كما لو كان
الشهود عبيدا او كفارا او محدودين في قذف وكما اذا قضى بنكاح لرجل على امراة وهي منكوحة الغير او معتدة
وكما في الاملاك المرسلة **ولنا** قول علي رضي الله عنه لتلك المراة شاهداك زوجاك ولان القضا
لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ باطنا كان تمهيدا للمنازعة بينهما وقد عهدنا نفوذ مثل ذلك
في الشرع الا ترى ان التفريق باللعان ينفذ باطنا واحدهما كاذب بيقين وكذا اذا اختلف المتبايعان
وتحالفا يفسخ القاضي بينهما البيع فينفذ الفسخ باطنا حتى يحل للبائع وطي الجارية المبيعة وكذا في كل
الفسوخ والعقود ولا يرد علينا ما ذكر لانا نجعل حكم الحاكم انشا وشرطه ان يكون المحل قابلا فاذا كانت
تحت زوج او كانت معتدة لا تقبل الانشا وانما لا يشترط الشهود في النكاح لانه مقتضى في ضمن صحة
القضا وما يثبت اقتضا لا يراعى فيه شرائطه وشهادة العبيد ونحوهم ليس بحجة اصلا بخلاف الفساق على ما
عرف في موضعه ولانه يمكن الوقوف عليهم فلم يكن شهادتهم حجة وانما لا ينفذ باطنا في الاملاك
المرسلة لان في اسباب الملك تزاحما وليس تعيين البعض اولى من البعض واثبات الملك مطلقا بغير سبب
ليس في وسع البشر فتعذر الانفاذ بخلاف ما اذا ادعى سببا معينا كالبيع والشرا والاجارة والنكاح والاقالة
والفرقة بالطلاق او غيره وفي الهبة والصدقة روايتان وكذا في البيع باقل من قيمته في رواية
لا ينفذ باطنا لان القاضي لا يملك انشا التبرعات في ملك الغير والبيع باقل من قيمته تبرع من وجه
وفي رواية ينفذ لان العقود في ضمن صحة القضا فلا يشترط فيه شرائطه ولا يختص بمحل ولان
البيع باقل من القيمة ليس بتبرع الا ترى ان المكاتب والعبد الماذون له يملكانه واذا ادعت المراة ان
زوجها ابانها بثلث او بواحدة وجحدها الزوج فحلفه القاضي فحلف ان علمت ان الامر كما قالت لا يسعها
الاقامة معه ولا ان تاخذ من ميراثه شيا وهذا لا اشكال فيما اذا كان الطلاق ثلثا لبطلان المحلية للانشا
قبل زوج اخر وفيما دون الثلث مشكل لانه يقبل انشا النكاح فينبغي ان يثبت الانشا على قياس قول
ابي حنيفة وجوابه ان يقال ان الانشا انما يثبت اذا قضى القاضي بالنكاح وهنا لم يتعرض له لاعتراف
الزوج بالنكاح الا ان المراة ادعت الفرقة بينهما وعجزت عن اثباته عند الحاكم فبقي ما كان
على ما كان فلم يحتج القاضي الى القضا بالنكاح **قال** ولا يقضى على غائب الا ان يحضر من يقوم
مقامه كالوكيل والوصي او يكون ما يدعي على الغائب سببا لما يدعي على الحاضر كمن ادعى عينا في يد

غيره انه اشتراه من فلان الغائب وقال مالك والشافعي يجوز القضا على الغائب وان لم يحضر من يقوم
مقامه لانه عليه السلام قضى لهند امراة ابي سفيان بالنفقة وابو سفيان غائب فقال لها خذي من مال
ابي سفيان ما يكفيك وولدك وقوله عليه السلام البينة على المدعي مطلقا من غير اشتراط حضور خصم
ولان الحجة وجدت على التمام وهي البينة وهي مبينة فاسمها فجاز القضا بها كما اذا كان الخصم حاضرا
ولنا قوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الاخر فانك اذا
سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي رواه احمد وابو داود والترمذي بمعناه ولان القضا لقطع المنازعة ولا
منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح ولان وجه القضا يشتبه في هذه الحالة لانه يحتمل ان يقر الخصم ويحتمل
ان ينكر واحكامهما مختلفة فانه بالاقرار يقتصر وبالبينة يتعدى فلا يجوز مع الاشتباه الا ترى انه عليه
السلام قال فانك اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي فهذا يدل على ان العلم بوجه القضا شرط لصحة
القضا وان الجهل به يمنع القضا وانه لا يرتفع الا بكلامهما ولان البينة لا تكون حجة الا اذا عجز المنكر
عن الطعن في الشهود ومع غيبته لا يتحقق عجزه فلا تكون حجة ولا حجة لهما في حديث هند لانه لم يكن قضا
وانما كان فتوى او اعانة لها على اخذ ماله الا ترى انها لم تدع الزوجية ولم تقم البينة وكان عليه السلام
عالما بانها امراته ولم يكن على وجه القضا اصلا وكذا قوله عليه السلام البينة على المدعي ليس لهما فيه حجة
بل هو حجة لنا لان البينة اسم لما يحصل به البيان وليس المراد البيان في حق المدعي ولا في حق القاضي
لان المدعي عالم بحقه والقاضي بان له بكلام المدعي اذ لم يكن له منازع فتعين ان يكون في حق الخصم وكذا لو
اقام المدعي البينة على خصم حاضر وزكيت بينته ثم غاب المدعى عليه لا يقضى عليه حتى يحضر هو او من يقوم
مقامه فيقضي عليه بتلك البينة من غير اعادتها وكذا اذا غاب قبل التزكية ولو اقر عند الحاكم فغاب قبل ان
يقضي عليه قضي عليه وهو غائب لان له ان يطعن في البينة فيبطلها دون الاقرار وعن ابي يوسف انه يقضي
بالبينة ايضا ثم من يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي والوكيل ظاهر
وقد يكون حكما وذلك بان يكون ما يدعيه على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهو نوعان احدهما ان يكون ما
يدعيه على الحاضر والغائب شيا واحدا مثل ان يدعي دارا في يد انسان وانكره ذو اليد وادعى انها ملكه
واقام الخارج البينة انه اشتراها من فلان الغائب او ادعى في دار في يد انسان شفعة لانه اذا الدار اشتراها
من فلان وقال ذو اليد الدار داري لم اشترها من احد فاقام المدعي البينة انه اشتراها من فلان الغائب
او ادعى على شخص دينا على انه كفيل عن الغائب بامره فاقر الحاضر بالكفالة وانكر الدين فاقام المدعي البينة
ان له على الغائب الف درهم يقبل بينته في هذه الصور كلها ويثبت الحق على الغائب والحاضر حتى اذا
حضر الغائب لزمه ولا يحتاج الى اعادة البينة والثاني ان يكون ما يدعيه عليهما شيئين مثل ان يدعي
القاذف انه عبد فلان فيجب عليه اربعون فاقام المقذوف البينة ان مولاه الغائب قد اعتقه فيجب
عليه ثمانون سوطا او قال المشهود عليه الشاهدان عبدان فاقام المدعي البينة ان مولاهما اعتقهما وهو
يملكهما فان بينته يقبل ويثبت العتق على الغائب لان الحقين كشي واحد لا ينفك احدهما عن الاخر لان
ولاية الشهادة لا تنفك عن الحر وحد الحر لا ينفك عن الاحرار وكذا لو اقام احد الوليين البينة ان شريكه
الغائب عفا عن القود وقال انقلب نصيبي مالا لا يقبل وان كان احد الحقين ينفك عن الاخر لا يقبل في حق الغائب وتقبل في حق

كيف م

الحاضر مثل ان يدعي رجل انه وكيل الغائب بنقل امرأته او عبده اليه فاقامت المرأة او العبد بينة انه
اعتقه او طلقها فانها تقبل في حق قصر اليد عنهما فليس للوكيل ان ينقلهما ولا تقبل في حق وقوع الطلاق
والعتق فلا يثبتان وكذا لو اشترى رجل جارية ثم ادعى ان مولاها زوجها من فلان الغائب واراد ردها
بعيب الزواج لا تقبل منه لاحتمال انه طلقها وزال العيب ولو كان ما يدعيه على الغائب شرطا لما يدعيه
على الحاضر ينظر فان كان الغائب يتضرر بالشرط لم تقبل بينته على الغائب والحاضر مثل ان تقول المرأة
لزوجها انك علقت طلاقي بطلاق فلان الغائب زوجته فلانة واقامت بينة ان فلانا طلق زوجته فلانة
لم تقبل بينتها لانه يتضرر بذلك وان كان لا يتضرر تقبل فان قالت علقت طلاقي بدخول فلان الغائب
الدار فاقامت بينة انه دخل الدار تقبل لانه لا ضرر عليه ومن المتأخرين من قال في الشرط ايضا تقبل
مطلقا كما في السبب منهم علي البزدوي لان دعوى المدعي كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط ايضا
قال ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب الصك لا الوصي والاب لان القاضي يقدر على تحصيل المال
من المستقرض والوصي والاب لا يقدران على ذلك فيضمنان باقراض مال الصغير وهذا لان الاقراض
تبرع الا ترى انه لا يجوز التأجيل فيه كسائر التبرعات فلا يملكانه ولانه باقراضهما يكون على شرف
التوى بان يجحد المستقرض على مر الزمان وترد شهوده لان كل مستقرض غير مؤتمن ولا كل شاهد مقبول
ولا كل قاض عادل بخلاف اقراض القاضي حيث يكون الاقراض احسن تصرف في حقه لان القاضي كثير
الاشغال فلا يمكنه ان يباشر الحفظ بنفسه وانما يدفعه الى امينه ودفعه اليه بطريق القرض انظر لليتيم
لانه يكون مضمونا عليه والوديعة امانة ان هلكت تهلك بغير شيء والتوى بجحود المستقرض لكونه
معلوما للقاضي ولكونه لا يقرضه لديانته ومعرفته باحوال الناس الا من يؤمن ولا يخاف منه الجحود
وانما يكتب في الصك ليحفظه لانه لكثرة اشغاله يخاف ان ينساه قال شمس الائمة في الاب روايتان اظهر مما
انه ليس له ان يقرض والمعنى ما بينا وليس له ان ياخذ مال ولده الصغير قرضا لنفسه فيما روى الحسن عن
ابي حنيفة وقيل له ذلك ثم ينبغي للقاضي ان يتعهد احوال الذين اقرضهم مال الايتام حتى لو اختل احدهم
حاله اخذ منه المال لان القاضي وان كان قادرا على الاستخلاص لكن انما يقدر من الغني لا من الفقير الا
ترى انه ليس له ان يقرض المعسر ابتداء فكذا ليس له ان يتركه عنده انتهاء والله اعلم

باب التحكيم

لما كان المحكم من انواع الحكام ذكره في كتاب القضاء وهو جائز بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب
فقوله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها نزلت في تحكيم الزوجين واما السنة فما روي انه
عليه السلام نزل على حكم سعد بن معاذ في بني قريظة وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم قال
رحمه الله حكما رجلا ليحكم بينهما فحكم ببينة او اقرار او نكول في غير حد وقود ودية على العاقلة صح لو صلح المحكم
قاضيا لما تلونا ورويناه ولانهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما عليهما وينفذ حكمه عليهما لانه بمنزلة الحاكم
في حقهما وشرط ان يكون حكمه بالبينة والاقرار والنكول ليكون موافقا لحكم الشرع وشرط لنفوذ حكمه
ان يكون في غير حد وقود ودية على العاقلة لان حكمهما بمنزلة الصلح بينهما وليس لهما ولاية على دمهما
ولهذا لا يملكان اباحته وكذا لا ولاية لهما على العاقلة فلا ينفذ حكم من حكماه على عاقلته ولا على القاتل
لعدم التزام العاقلة حكمه ولكونه مخالفا لحكم الشرع لان الدية تجب على العاقلة لا على القاتل ولو ثبت
القتل باقرار او ثبتت جراحة ببينة وارشها اقل مما تتحمله العاقلة خطأ كانت الجراحة او عمدا او كان قدر ما
تتحمله ولكن الجراحة كانت عمدا لا توجب القصاص نفذ حكمه عليه لان العاقلة لا تعقله واجاز في المحيط التحكيم
في القصاص لانه من حقوق العباد والاول ذكره الخصاف وشرط ان يكون صالحا للقضاء لانه بمنزلة القاضي
فيما بينهما فيشترط فيه ما يشترط في القاضي حتى لو حكما كافرا او عبدا او محدودا في قذف او صبيا لا يجوز
لانه لا يصلح قاضيا لانعدام اهلية الشهادة فكذا حكما وان حكما فاسقا او امرأة جاز كما في القضاء
لانهما اهل للشهادة وكذا الكافر في حق الكافر لانه اهل للشهادة في حقه وكذا يجوز تقليده القضاء ليحكم
بين اهل الذمة قال ولكل واحد من المحكمين ان يرجع قبل حكمه لانه مقلد من جهتهما فكان لهما عزله قبل
ان يحكم بينهما كما ان المقلد من جهة الامام له ان يعزله قبل ان يحكم بين الناس ولا يقال لما كان التحكيم ثبت
بتراضيهما فموجب الاصح ان لا عزل له الا باتفاقهما لانا نقول التحكيم من الامور الجائزة من غير لزوم فيستبد
احدهما بنقضه كما في المضاربات والشركات والوكالات قال فان حكم لزمهما لان حكمه صدر عن
ولاية شرعية عليهما كالقاضي اذا حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذا هنا ولان حكمه لا يكون دون صلح
جرى بينهما بتراضيهما وفيه لا يكون لاحدهما ان يرجع عنه بعد تمامه فهذا اولى قال وامضى القاضي
حكمه ان وافق مذهبه يعني اذا رفع حكمه اليه وكان عنده نفذه ان وافق مذهبه لانه لا فائدة في نقضه
ثم ابرامه ثم فائدة هذا الامضاء ان لا يكون لقاض اخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه لان امضاءه بمنزلة
قضائه ابتداء ولو لم يمضه لنقضه قال والا ابطله اي ان لم يوافق مذهبه ابطله لان حكمه لا يلزمه
لعدم التحكيم من جهته بخلاف ما اذا رفع اليه حكم حاكم حيث لا يبطله وان خالف مذهبه الا ان يخالف
الكتاب او السنة او الاجماع لان المولى من جهة الامام له ولاية على الناس كافة لان مقلده له ولاية على
الناس كافة فكان نائبا له فيكون قضاؤه حجة في حق الكل فلا يتمكن احد من نقضه كحكم الامام نفسه بخلاف
الحكم لانه باصطلاح الخصمين فلا يكون له ولاية على غيرهما ولا يلزم القاضي حكمه بمنزلة اصطلاحهما في
المجتهدات حتى كان له نقض اصطلاحهما اذا راى خلاف ذلك فكذا هنا وهذا لانه اعطي له حكم القاضي
في حقهما حتى اشترط فيه شرائط القضاء وفي حق غيرهما كواحد من الرعايا وقال ابن ابي ليلى هو بمنزلة المولى
من جهة الامام حتى لا يكون لاحد ان ينقض حكمه ما لم يخالف الدليل الشرعي وجوابه ما بينا ولو اخبر
هذا المحكم باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على حالهما يقبل قوله لان الولاية قائمة وان
اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية به كذا ذكره صاحب الهداية وقال في النهاية يعني لو قال المحكم بينهما
لاحدهما قد اقررت عندي لهذا بكذا وكذا او قامت عندي عليك بينة بكذا وكذا فعدلوا وقبلت
الزمتك وحكمت عليك به لهذا وانكر المقضي عليه ان يكون قد اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء
نفذ الحكم عليه لان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك فيملك الاقرار كالقاضي المولى اذا قال في
حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي بذلك فانه يصدق في ذلك
ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا هذا وقال في المحيط حكما رجلا ما دام في مجلسه وقال لم احكم بينكما
وقال المحكم حكمت فالحكم مصدق ما دام في مجلسه لانه حكى ما يملك استئنافه فيملك الاقرار به وجعل

إقراره كان انشاء الحكم ولا يصدق بعده لانه لا يملك انشاء الحكم ولا يملك الاقرار به وقال فيه الحكم انما يخرج
عن الحكومة باحد اسباب ثلثة اما بالعزل او بانتهاء الحكومة نهايتها بان كان موقتا فمضى الوقت او بخروجه
من ان يكون اهلا للشهادة بان عمي او ارتد والعياذ بالله تعالى وان لم يلحق بدار الحرب ولو غاب او اغمي عليه
ثم برئ منه او قدم من سفره او جن ثم افاق كان على حكمه لان بهذه الاشياء لا تبطل الشهادة فلا تبطل الحكومة
وكذا لو ولي القضاء ثم عزل عنه فهو على حكومته لان العزل لم يوجد من جهة المحكمين وانما وجد من جهة
الوالي وولاية الحكومة مستفادة من جهة المحكمين لا من جهة الوالي وكذا لو حكم بينهما في بلد اخر جاز
لان التحكيم حصل مطلقا فكانت له الحكومة في الاماكن كلها ولو حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما
حتى لو حكم احدهما دون الاخر لا يجوز لانهما رضيا برأيهما لا برأي احدهما والله اعلم قال وبطل
حكمه لابويه وزوجته وولده بخلاف حكمه عليهم اي يبطل حكم الحكم لهؤلاء كما يبطل حكم الحاكم
لهم بخلاف حكمه عليهم لانه يتهم بحكمه لهم فيبطل ولا يتهم بحكمه عليهم وهذا كالشهادة حيث لا يجوز لهم ويجوز عليهم
لما ذكرنا ويجوز ان يقضي لابي امرأته وامها وكذا لامرأة ابنه او لزوج ابنته اذا كان المقضي له بالحياة
لان شهادته جائزة فهذا هو الحرف وان كان ميتا لم يجز لان القضاء لهم قضاء لزوجته وكذا اذا كانوا
يتوارثون وان كانوا لا يتوارثون جاز لعدم التهمة ويجوز القضاء للاخوة واولادهم والاعمام
لان شهادته لهم جائزة هـ

باب مسائل شتى

قال لا يتد ذو سفل فيه ولا ينقب كوة فيه بلا رضى ذي العلو معناه اذا كان لرجل سفل ولاخر علو فليس لصاحب
السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو
وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على العلو بيتا او يضع عليه جذوعا او يحدث كنيفا قيل ما
حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة على معنى انه لا يمنع الا ما فيه ضرر مثل ما قالا وقيل فيه خلاف حقيقة
وهو ان الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه وهو مطلق له والحرمة لعارض وهو الضرر بالغير
فما اشكل يبقى على اصل الاباحة وعنده الاصل هو الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق الغير كالرهن والعين
المستأجرة والاطلاق لعارض وهو عدم الضرر فما اشكل يبقى على اصل الحظر وبهذه الاشياء المشكل
فظهر بينهما ثمرة الخلاف ولا خلاف فيما لا اشكال فيه ولو انهدم السفل من غير صنع صاحبه لا يجبر على
البناء لعدم التعدي ولكن لصاحب العلو ان يبني ان شاء ويبني عليه علوه ثم يرجع عليه بقيمة البناء ويمنعه من
السكنى فيه حتى يدفع اليه قيمة يوم البناء لانه مضطر في ذلك فصار كمعير الرهن اذا قضى الدين بغير
اذن الراهن لا يكون متبرعا بخلاف الدار المشتركة اذا انهدمت فبناها احدهما بغير اذن صاحبه حيث
لا يرجع لانه متبرع اذ هو ليس بمضطر لانه يمكنه ان يقسم عرصتها ويبني في نصيبه وصاحب العلو
ليس كذلك حتى لو كانت الدار صغيرة لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له ان يرجع وعلى هذا
لو انهدم بعض الدار او بعض الحمام فاصلحه احد الشريكين له ان يرجع لانه مضطر فيه اذ لا يمكن قسمة بعضه
ولو انهدم كله فعلى التفصيل الذي ذكرنا ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه يجبر على اعادته لتعديه
بمحل تعلق به حق الغير كالراهن يعتق العبد المرهون او مولى العبد الجاني يتصرف فيه بعتق او نحوه وذكر
الحلواني ان كل من اجبر ان يفعل مع شريكه فاذا فعل احدهما بغير امر الاخر لا يرجع لانه متطوع اذا كان

يمكنه ان يجبره وذلك مثل كري النهر او اصلاح سفينة متعيبة وفداء العبد الجاني وان لم يجبر يكون متطوعا
كمسئلة انهدام العلو والسفل لانه لا يتوسل الى حقه اصلا ولم يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بالاصلاح فصار
مضطرا وذكر في النهاية معزيا الى قاضي خان ولو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بان حفر بئرا عند
ابي حنيفة له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر قال وزائغة
مستطيلة تتشعب عنها مثلها غير نافذة لا يفتح فيها اهل الاولى بابا بخلاف المستديرة معناه سكة طويلة
يتشعب منها سكة اخرى كطولها وهي غير نافذة فليس لاهل السكة الاولى ان يفتحوا بابا الى السكة الاخرى لان
الباب يقصد للمرور ولا حق لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة وانما ذلك لاهلها على الخصوص الا ترى انه لو
بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم لا لاهل الاولى فلو مكنوا من فتح الباب لربما ادعوا حق المرور فيها اذ لا يمكنهم المنع
في كل ساعة ويخاف ان يسد بابه الاصلي ويجعله الباب المفتوح ويجعل دارا من تلك السكة فيمنع منه لانها
ملكهم ظاهرا فلا يشاركهم فيها غيرهم ولانه يلحقهم ضرر بان يضيق عليهم فيمنع بخلاف ما اذا كانت نافذة لان الاستطراق
حق العامة وهم من جملتهم وقيل لا يمنعون من فتح الباب لانه رفع جداره وهو له ان يرفع كله فاولى ان يكون
له رفع البعض والصحيح هو الاول لما ذكرنا ولانه يرتب عليه بابا ويدعي حق المرور على طول الزمان ويستدل
على ان له حق المرور فيحكم له به وقوله بخلاف المستديرة يعني بخلاف ما اذا كانت الزائغة الثانية مستديرة
حيث يكون لكل واحد من اهل الاولى فتح الباب اليها لانها لما كانت مستديرة وهي التي فيها اعوجاج حتى بلغ
عوجها راس السكة صارت هذه كلها سكة واحدة وهي بينهم على الشركة حتى اذا بيع دار فيها يجب حق الشفعة
وهذا اذا كانت السكة غير نافذة ايضا وان كانت نافذة فلجميع المسلمين فيها حق المرور ثم اعلم ان للانسان
ان يتصرف في ملكه ما شاء من التصرفات ما لم يضر بغيره ضررا ظاهرا فيجوز له ان يتخذ في داره حماما لان
ذلك لا يضر بالجيران وما فيه من الدخان يمكن التحرز عنه بان يبني منه ومن جاره حائطا وعن ابي يوسف
ان الجيران اذا تأذوا من دخانه فلهم منعه الا ان يكون دخان الحمام مثل دخانهم ولو اتخذ داره حظيرة غنم
والجيران يتأذون من نتن السرقين ليس لهم في الحكم منعه ولو حفر في داره بئرا قريبا منها حائط جاره لم يكن
له منعه وقيل ان كان يعلم ذلك يقينا فله منعه وهو خلاف قول اصحابنا رحمهم الله ولو اراد ان يبني تنورا
في داره للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين او رحا للطحن او مدقات للقصارين لم يجز لان ذلك يضر
بالجيران ضررا ظاهرا فاحشا لا يمكن التحرز عنه والقياس ان يجوز لانه تصرف في ملكه وترك ذلك
استحسانا لاجل المصلحة ولو سقط حائط بين دارين ولاحدهما عورات فطلب من جاره ان يبني معه
في البناء قال اصحابنا لا يجبر وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله يجبر في زماننا لانه لا بد من سترة
بينهما وقال قاضي خان ان كان الحائط يحتمل القسمة ويبني كل واحد في نصيبه السترة لا يجبر والا
اجبر وقيل ان كان يقع بصره في دار جاره فله منعه عن الصعود حتى يتخذ سترة وان كان لا يقع في
سطحه فلا يمنعه قال ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدنيها فاشتريتها
وبرهن على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا يقبل وبعده يقبل لوجود التناقض في الوجه الاول
لانه يدعي الشراء بعد الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها وهذا تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما
وفي الوجه الثاني يمكن اذ الشراء وجد بعد الوقت الذي يدعي فيه الهبة فلا يكون تناقضا ولو لم يقل جحدني الهبة

اولا ولا يقال في الثاني ايضا وجد التناقض لانه يدعي شراء ملكه لانه اذا ملكه في وقت بالهبة فلا يتصور
ان يملكه بالشراء بعد ذلك لانا نقول لما جحد الهبة ووافقه بالترك انفسخت الهبة اذ جميع العقود ينفسخ
بالجحود اذا وافقه صاحبه بالترك غير النكاح فانه لا يقبل الفسخ فلا يكون متناقضا ولو لم يذكرهما تاريخا
او ذكر لاحدهما ينبغي ان يقبل بينته لان التوفيق ممكن بان يجعل الشراء متاخرا ومثله لو ادعى دارا في
يد رجل انه له اشتراها من ابيه في حياته وصحته وصاحب اليد ينكر فعجز عن اقامة البينة وحلف ذو اليد
فاقام المدعي بينة انه ورثها من ابيه يقبل لامكان التوفيق على ما مر ولو ادعى الارث من ابيه اولا ثم
ادعى الشراء منه لا يقبل لعدم امكان التوفيق وبهذا تبين ان التناقض انما يمنع صحة الدعوى اذا لم يمكن
التوفيق وقيل لا بد من دعوى التوفيق من المدعي والا فلا توفيق وقيل التوفيق من غير دعواه قياس
وعدم التوفيق بدون دعواه استحسان **قال** ومن قال لاخر اني اشتريت منك هذه الامة فانكر فللبائع
ان يطاها ان ترك الخصومة لان المشتري لما جحد الشراء كان ذلك فسخا منه اذ الجحود كناية عن الفسخ لان
الفسخ رفع العقد من الاصل كما ان الجحود نفيه من الاصل فكانت بينهما مناسبة تجاوز الاستعارة فكان فسخا من جهته فاذا ساعده
البائع بترك الخصومة تم الفسخ فحل له وطؤها وله ان يردها على بائعه بالعيب ان وجد بها عيبا قديما بعد ذلك
لتمام الفسخ بالتراضي حتى اذا اقام المشتري بعد ذلك بينة انه اشتراها منه لا يقبل بينته وفي النهاية
اذا عزم على ترك الخصومة قبل تحليف المشتري له ان يردها على بائعها لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني
لاحتمال ان ينكل عند التحليف فاعتبر بيعا جديدا في حق ثالث والاشبه ان يكون هذا التفصيل بعد القبض
واما قبل القبض فينبغي ان يرد عليه مطلقا لانه فسخ من كل وجه في غير العقار فلا يمكن حمله على البيع لان المبيع
لا يجوز بيعه قبل القبض وقد بيناه من قبل **فان قيل** الحكم لا يثبت بمجرد الامر العزم فكيف يكون فسخا **قلنا**
نعم لا يثبته بمجرد العزم وانما يثبته بالعزم والبيان او بالعزم والفعل وهو التصرف في الجارية
بالنقل من موضع الخصومة الى بيته او بالاستخدام او امساكها لان التصرف فيها لا يحل
الا بالفسخ فكان فسخا دلالة اذ الفعل قد يوجد دلالة كمن قال لغيره اجرتك هذه الدابة يوما فتركها
فاخذها واستعملها كان ذلك قبولا منه دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول
قال ومن اقر بقبض عشرة ثم ادعى انها زيوف معناه اذا قال قبضت منه عشرة دراهم
ثم ادعى انها زيوف صدق سواء قال ذلك موصولا او مفصولا وكذا اذا ادعى انها نبهرجة ولو ادعى
انها ستوقة لا يصدق لان اسم الدراهم يقع على الجياد والزيوف والنبهرجة دون الستوقة ولهذا
لو تجوز بالزيوف والنبهرجة جاز حتى في الصرف والسلم دون الستوقة والقبض لا يختص بالجياد
فيصدق في انكار قبض حقه مع يمينه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى
حيث لا يصدق في دعواه الزيوف لانه متناقض لان الزيوف ضد الجياد وحقه في الجياد فكان
الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا منه بقبض الجياد والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام
فكان عبارة عن قبض حقه ايضا وبخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول
قول البائع لان المبيع متعين في البيع فاذا قبضه فقد اقر بانه استوفى قبض عين حقه دلالة ثم بدعوى
العيب بعد ذلك صار متناقضا فلا يقبل كلامه بخلاف ما نحن فيه فان الدراهم لا تتعين وحقه

ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه وانما اقر بقبض الدراهم وهي متنوعة فالاقرار بقبضها لم يكن اقرارا بقبض حقه
ثم في قوله قبضت دراهم جيادا لا يصدق في دعواه الزيوف مطلقا سواء كان موصولا او مفصولا وفيما اذا اقر
انه قبض الثمن او حقه او استوفى ثم ادعى انه كان زيوفا ينظر فان قال مفصولا لا يصدق وهو المراد مما
ذكرناه وان كان موصولا صدق وقال في النهاية لو اقر بقبض حقه ثم قال انها ستوقة او رصاص يصدق
موصولا لا مفصولا قال ذكره شيخ الاسلام ثم الزيوف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما ترده التجار
والستوقة ما يغلب عليه الغش وقيل الزيوف هي المغشوشة والنبهرجة هي التي تضرب في غير دار السلطان
والستوقة صفر مموه وعن الكرخي الستوق عندهم ما كان الصفر او النحاس هو الغالب **قال**
ومن قال لاخر لك علي الف درهم فرده ثم صدقه فلا شيء عليه يعني اذا اقر لغيره بالف فرده المقر له بان قال ما كان
لي عليك شيء او قال بل هو لك او لفلان ثم صدقه فقال بل كان لي عليك في بيانه او بعده فلا شيء على المقر لان
الاقرار هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق الخصم بخلاف ما اذا
قال اشتريت وانكر حيث يكون له ان يصدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لان
العقد حقهما فبقي على حاله فيعمل فيه التصديق اما المقر له فينفرد برد الاقرار فافترقا وبخلاف ما اذا اقر
بنسب عبد لغيره فكذبه المقر له حيث لا يرتد بذلك عند ابي حنيفة حتى اذا ادعاه المقر لنفسه لا يصح لان
الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد ولو قبل الابراء او الابراء عن الدين وهبته ثم
رده لا يرتد لانه بالقبول قد تم وكذا لو قال العبد وهبت لك رقبتك فرده لا يرتد بالرد لان هبة العبد
من نفسه اعتاق وهو لا يرتد بالرد ولو اقر بشيء لانسان كالدين وغيره فصدقه ثم رجع المقر عن اقراره
لا يعمل ولو اراد تحليف المقر له لا يحلف عند ابي حنيفة ومحمد لان اقراره حجة عليه كالشهادة ولا تقبل دعواه
مناقضة فصارت فصلا ونظيره ما لو قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى ان له عليه دينا واراد تحليفه لا
يحلف وعند ابي يوسف اذا ادعى انه اقر كاذبا واراد تحليف المقر له يحلف لجريان العادة بالاشهاد على البيع
الا شيء قبل حقيقتها تحرزا عن امتناع الاخر عن التسليم **قال** رحمه الله ومن ادعى على اخر مالا فقال ما
كان لك علي شيء قط فبرهن المدعي على الف وهو برهن على القضاء او الابراء قبل اي ادعى رجل على رجل الف درهم
فقال المدعى عليه ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي بينة ان له عليه الف درهم واقام المدعى عليه
البينة انه قضاه او ابراه المدعي عنه تقبل بينة المدعى عليه وقال زفر لا تقبل لان القضاء والابراء يكون بعد
الوجوب وقد انكره فيكون متناقضا **ولنا** ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرا منه الا ترى انه
لو ادعى عليه شيئا باطلا وقد يصالح على شيء فيثبت ظاهرا ثم يقضى الا ترى انه لو ادعى القصاص على شخص
ثم انكر فاقام المدعي البينة واقام المدعى عليه البينة على العفو او الصلح عنه على مال تقبل بينته وكذا لو
جرى مثل ذلك في دعوى الرق يقبل ايضا وهذا لو قال ليس لك علي شيء لان التوفيق فيه اظهر لانه الحال
قال ولو زاد ولا اعرفك لا اي لو زاد هذه الكلمة على ما ذكر بان قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك
لا تقبل بينة المدعى عليه على القضاء او الابراء لتعذر التوفيق بين قوليه لانه لا يكون بين اثنين معاملة من دفع
واخذ واقتضاء بلا معرفة احدهما صاحبه وذكر القدوري انه يقبل ايضا لان المحتجب من الرجال والمخدرة
قد يؤذي بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه بالدفع اليه ولا يعرفه فامكن التوفيق بهذا الطريق وقال

في النهاية فعلى هذا قالوا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بينته وفي الكافي قيل تقبل
البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات وقالوا فيمن قال لم أدفع ثم قال دفعت إليه لا تقبل قوله
للتناقض إلا إذا ادعى إقرار المدعي بذلك فتقبل بينته لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار قال ومن ادعى
على آخر أنه باعه أمته فقال لم أبعها منك قط فبرهن على الشراء فوجد بها عيبا فبرهن البائع أنه برئ إليه
من كل عيب لم تقبل أي وجد المشتري بها عيبا فردها عليه فأقام البائع البينة أنه أبرأه من كل عيب بها
لا تقبل بينة البائع وعن أبي يوسف تقبل لأن التوفيق ممكن بأن لم يبعها هو وإنما باعها منه وكيله وأبرأه عن
العيب فلم يكن متناقضا وقد بينا ذلك ونظيره ما ذكره أبو يوسف أنه لو ادعى الشراء من شخص وهو منكر فأقام المدعي
البينة على الشراء منه وأقام المنكر البينة أنه قد رد البيع عليه تقبل بينته لما ذكرنا من التوفيق ولو قال ولم تقول أخذه
مني حتى ... ثم استقلته منه فأقالني ووجه الظاهر أن اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف
السلامة إلى غيره فيقتضي وجود العقد إذ الصفة بدون الموصوف لا تتصور وقد أنكره فيكون متناقضا بخلاف
ما تقدم من مسألة الدين لأن القضاء باطل قد يقضى على ما مر قال وبطل الصك بإن شاء الله أي يبطل صك
الشراء والإقرار إذا كتب في آخره إن شاء الله حتى يبطل الشراء والإقرار بذلك ولا يلزمه شيء لأن الاستثناء
مبطل على ما عرف في موضعه ولو كتب في آخر الصك ومن قام بهذا الحق فهو ولي إن شاء الله أو كتب فما أدرك
فلانا من درك فعلى فلان خلاصه تبطل الصك كله عند أبي حنيفة حتى يبطل الإقرار والشراء وقالا ينصرف إلى ما يليه وهو
الأخير فيبطل به ضمان الدرك والتوكيل ويبقى الدين على حاله إذ الأصل في الجمل الاستقلال والصك
كتب للاستيثاق فلو انصرف إلى الكل كان مبطلا له فيكون ضد ما قصده فينصرف إلى ما يليه ضرورة
ألا ترى أنه لو كتب كتابا إلى بعض إخوانه أو وكلائه وقال في آخره يفعل كذا وكذا إن شاء الله ينصرف
إلى ما يليه حتى لا يبطل الكتاب كله ولأبي حنيفة أن الكل شيء واحد بحكم العطف فينصرف إلى الكل كما في الكلمات
المعطوفة بعضها على بعض مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله وما ذكراه
من العادة إنما جرى بأن يترك فرجة أو يكتب بخط على حدة فلو فعل هنا ذلك انصرف إلى ما يليه ولم
يبطل الشراء ولا الإقرار لأن الفرجة كالسكوت حالة النطق ولأن الاستثناء إنما يكتب في كتب الرسالة
للتبرك عادة لا للإبطال ولهذا لا يبطل فيه ما يليه أيضا وفي الصك يبطل بالإجماع ثم إنما ذكر ذلك
في الكتاب لأن العادة جرت بينهم أن يكتب في أسفل الصك من قام بهذا الحق فهو ولي ما فيه أي وكيل
بالخصومة بإثبات ما فيه من الحق وفائدته بيان أن الكتابة إن كتب به رضا الخصم بالتوكيل لأن التوكيل بالخصومة
لا يجوز إلا برضا الخصم عند أبي حنيفة رحمه الله وهذا لأن توكيل المجهول وإن كان لا يجوز لكن يسقط
به حقه لأن المنع لحق الخصم فإذا رضي فقد أسقط حقه والإسقاط يجوز وإن كان مجهولا إذ لا يؤدي
إلى النزاع ثم توكيل من شاء وكيل لا يصح على قوله أيضا وإنما يصح على قول ابن أبي ليلى فإن عند أبي حنيفة
لما لم يجز توكيل المجهول لا يصح الرضا به وعند ابن أبي ليلى يجوز فيصح قال وإن مات ذمي فقالت
زوجته أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول لهم وقال زفر القول قولها لأن الإسلام
حادث والأصل في الحوادث أن يضاف إلى أقرب أوقاته وأقرب أوقاته ما بعد الموت فيضاف إليه قلنا
سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا الظاهر

يعتبر للدفع وما ذكره هو يعتبر للاستحقاق والظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح للدفع ولو مات مسلم
وتحته نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته فقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعده فالقول للورثة
أيضا ولا يحكم الحال لأن الظاهر لا يصلح للاستحقاق ومقصودها ذلك وأما الورثة فهم دافعون الدفع
ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا فحاصله أن الظاهر لا يصلح للاستحقاق وهي تدعيه أي الاستحقاق
في المسألتين ويصلح للدفع وهم يدعون به الدفع فكان القول قولهم في المسألتين ويصلح للدفع وهم يدعون
به الدفع فكان القول قولهم في المسألتين ولا يرد على هذا مسائل ذكرت على سبيل النقض منها ما إذا كان في يد
رجل عبد فقال رجل فقأت عينه وهو في ملك البائع وقال المشتري فقأته وهو في ملكي كان القول
للمشتري فيأخذ أرشه منه فاستحق بالظاهر لأنا نقول لا يجوز أن يكون العبد لرجل وأرشه لغيره فلهذا
استحقه هو لا بمجرد الظهور ومنها ما إذا اختلف المستأجر في جريان ماء الطاحونة وحكم الحال
وكان جاريا في الحال فيستحق الأجرة بهذا الظاهر لأنا نقول إنما لا يستحق بالظاهر إذا لم يكن سبب الاستحقاق
موجودا في الحال وأما إذا كان السبب موجودا بيقين فيستحق به فههنا سبب الاستحقاق وهو عقد
الإجارة موجود في الحال وكذا في المسألة الأولى السبب وهو ملك الرقبة موجود في الحال بخلاف
الزوجية في مسألة الميراث فإنها ليست بموجودة في الحال ومنها أن المرأة إذا ادعت أن زوجها أبانها
في المرض وصار فارا فترث وقالت الورثة أبانها في الصحة فلا ترث كان القول قولها فترث بأن الظاهر
يضاف إلى أقرب أوقاته لأنا نقول إنما ترث لأنها تنكر المانع وهو الطلاق في الصحة والأصل عدمه فترث
قال وإن قال المودع هذا ابن مودعي لا وارث له غيره دفع المال إليه يعني إذا مات رجل وله مال
عند رجل وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فإنه يجب عليه دفع المال إليه لأنه أقر
بأن ما في يده ملك الوارث خلافة عن الميت فصار كما إذا أقر أنه ملك المورث وهو حي أصالة بخلاف ما
إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض وأنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأن فيه حق المودع في
العين بإزالة يده لأن يد المودع يد المالك فلا يقبل إقراره عليه ولا كذلك بعد موته بخلاف الدين
إذا أقر أنه وكيل الطالب بقبض دينه حيث يؤمر بالدفع إليه لأنه إقرار على نفسه إذ الديون تقضى بأمثالها
فيؤمر بالدفع إليه ولو دفع إلى الوكيل في الوديعة قال علاء الدين ليس له أن يسترد من الوكيل لأنه ساع في
نقض ما أوجبه وكان ينبغي له أن يسترد لأن إقراره ليس بحجة في حق المودع والحفظ واجب عليه فيكون
بالدفع متعديا ولهذا يضمن إذا رجع المودع وأنكر التوكيل ولو لم يسلم إلى الوكيل حتى ضاع عنده قال في
النهاية قيل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن لأنه في زعمه وكيل والمنع من وكيله كالمنع منه واختلف
في اللقطة إذا أقر الملتقط أنها لفلان قيل يؤمر بالدفع ولو ادعى أنه وصي الميت فصدقه مودع الميت
أو وصيه لا يؤمر بالدفع إليه قال وإن قال لآخر هذا ابنه أيضا وكذبه الأول قضي للأول
يعني قال مودع الميت لرجل آخر بعد ما أقر للأول هذا أيضا ابنه وكذبه الابن الأول قضي بالمال للابن
الأول لأن إقراره قد صح وانقطع يده عن المال وإن قال للآخر حين [illegible] هذا إقرارا على الغير فلا يصح كما إذا
كان الأول ابنا معروفا بخلاف إقراره الأول حيث قبل لعدم من يكذبه فإن قيل ينبغي أن يضمن المودع
هنا للمقر له الثاني كما قلنا في مودع القاضي المعزول إذا بدأ بالإقرار بما في يده لإنسان ثم أقر بأن القاضي

المعزول سلمه اليه فانه يضمن للقاضي على ما مر من قبل **قلنا** هنا ايضا يضمن نصيبه اذا دفع الى المقر له
الاول بغير قضاء القاضي كذا في النهاية **قال** ميراث قسم بين الغرماء لا يؤخذ منهم ولا من وارث
كفيل وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة وقالا يؤخذ الكفيل منهم والخلاف فيما اذا ثبت
الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيرهم لا يؤخذ منهم كفيل بالاتفاق وتفصيل ما
يقسم من التركة بقولهم وما لا يقسم وما يحتاج فيه الى اقامة البينة على عدد الورثة وما لا يحتاج فيه وما فيه
من الخلاف وما لا خلاف فيه من ذلك يذكر في باب القسمة ان شاء الله تعالى لهما ان القاضي ناظر للغيب ويحتمل
ان يكون له وارث او غريم غائب بل هو الظاهر لان الموت يأتي بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع اللقطة او
الآبق الى صاحبه او اعطى امرأة الغائب النفقة من مال زوجها ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت
قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لاجل الموهوم الى ان يعطي الكفيل كما اذا ثبت الشراء ممن هو في يده او اثبت الدين على
العبد حتى بيع في دينه وهذا لان القاضي مأمور بما ظهر عنده لا بطلب ما لم يظهر فلا يجوز تأخيره الا ترى انه لو
لم يجد كفيلا كان منع حقه ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج
ثابت وهو معلوم والآبق واللقطة على الخلاف في الاصح ان كان الدفع اليه باقامة البينة لانه لما اثبت
حقه حرم تأخير حقه ولانه لا دفع بذكر العلامة لان الدفع اليه في هذه الحالة غير واجب فلهذا جاز منعه
فكذا تأخيره لعدم الاستحقاق بخلاف الاثبات بالبينة لان الدفع مستحق فيه ولا يدفع اليه حتى يغلب على
ظنه انه لا وارث له غيره ولا غريم بالاتفاق ولو كان التأخير ظلما لما فعل ذلك لانا نقول لا يجوز للقاضي
منع حق المستحق لمعنى آخر بعد ظهور تعينه شرعا لاجل موهوم غير ظاهر ثابت الا ترى ان الوهم
موجود وان قال الشهود لا نعلم له وارثا آخر ولو كان لاجل الوهم يحمل لوجب التكفيل فيه بخلاف التلوم
فانه في التلوم يحتاط لنفسه بطلب علم زائد بانتفاء الشريك المستحق معه بقدر الامكان ومثله جائز
الا ترى ان القاضي يطلب من الشهود ان يقولوا لا وارث له غيره وهو ليس بشهادة لان الشهادة على
النفي لا يجوز ولكنه يراد به طمأنينة القلب فكذا التلوم وقدر مدته مفوض الى رأي القاضي وقدره
الطحاوي بالحول **وقوله** وهو ظلم اي ميل عن سواء السبيل وفيه دليل على ان المجتهد يخطئ ويصيب
وعلى ان ابا حنيفة بريء عن الاعتزال لا كما ظنه البعض بسبب ما نقل عنه انه قال لابي يوسف بن خالد
السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد قلنا معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد اذ هو المأمور به
وهو حجة في حق عمله حتى يجب العمل به ولا يجوز له العدول عنه وان اخطأ الحق الذي هو عند الله تعالى فلا يكون
كانه اصاب الحق **قال** ولو ادعى دارا ارثا لنفسه ولاخ له غائب وبرهن عليه اخذ نصف المدعى
يعني اخذ النصف الذي هو نصيب الحاضر وترك نصيب الغائب في يد ذي اليد ولا يستوثق من ذي اليد
بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي في يده جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان
لم يجحد ترك في يده لان الجاحد خائن فلا يترك في يده اذ لا يؤمن من الجحود ثانيا والقاضي نصب ناظرا
للغيب والترك في يده من النظر لا لان البينة لا توجد في كل مرة ولا كل قاض يعدل فيتعين الاخذ
منه ووضعها في يد عدل ولانه يخاف ان يتصرف فيه لانه يدعي انه له وهو في يده لا يمتنع من
التصرف فيه عدلا كان او غير عدل بخلاف ما اذا كان مقرا لان النظر في تركه في يده متعين ولابي حنيفة

ان الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء نصيبه وللقاضي ان يتعرض لودائع الناس ولا لغيرها حتى
يأخذها من ايدي من هي عنده فصار نظير ما لو عرف القاضي ملكا لانسان ثم رآه في يد غيره فانه لا يأخذه
منه ولا يتعرض له ما لم يحضر خصمه فكذا هذا وهذا لان القضاء وقع للميت مقصودا ولهذا اقضي على ذي اليد
بكل الدار بحضور البعض من الورثة ويقضى بها ديونه وتنفذ فيه وصاياه وصاحب اليد مختار للميت ويحتمل
ذلك فلا يغير كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي فالظاهر انه لا يضر به ولا يمكنه
الجحود بعد ذلك لان الحادثة معلومة له وللقاضي ومسجلة في خريطة القاضي ولا يقال يحتمل ان يموت
القاضي فيعود الى الانكار لانا نقول موت القاضي والشهود الذين عاينوا القضاء او الذين شهدوا باصل
الحق او نسيانهم من النوادر فما يكون فلا يعتبر وان كانت الدعوى في المنقول فقد قيل لا يترك النصف الذي هو
للغائب بالاتفاق بل ينزع منه ويدفع الى عدل يحفظه لحاجته الى الحفظ بخلاف العقار لانه محصن بنفسه
ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب لان له ولاية الحفظ عليه كما للاب ذلك وكذا حكم وصي الام
والاخ والعم على الصغير فيما ورثه منهم لانهم يملكون حفظه على الصغير دون التصرف فيه ووصيهم قائم مقامهم
فيملك ما يملكونه وقيل المنقول ايضا على الخلاف وقول ابي حنيفة فيه اظهر بمعنى انه مضمون عليه ولو
اخذ ودفع الى امين القاضي كان امانة فكان الترك ابعد من التوى وانما لا يؤخذ الكفيل منه لان فيه انشاء
خصومة والقاضي نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ولا القضاء لان احد
الورثة ينتصب خصما عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث عنه وكذا يقوم الواحد مقامه
فيما عليه دينا كان او عينا فيقوم مقام سائر الورثة في ذلك بخلاف نفس الاستيفاء فانه عامل فيه لنفسه
لا عن الميت فلا يصلح نائبا عنهم ايضا لعدم التوكيل منهم ولعدم قيامه فيه مقام الميت بخلاف الاثبات فانه
نائب فيه عن الميت فيما له وعليه فيكون نائبا عنهم ايضا في ضمنه وذكر في الجامع الكبير انما يكون قضاء على
جميع الورثة اذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده ينفذ بقدره لان دعوى العين لا
يتوجه الا على ذي اليد فلا يكون خصما عنهم الا في قدر ما في يده بخلاف ما اذا كان المدعى على الميت دينا حيث
ينتصب فيه بعض الورثة خصما عن الكل مطلقا **قال** ومن قال مالي او ما املك في المساكين صدقة
فهو على مال الزكاة ولو اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس ان يكون كالوصية ملزمة الصدقة
بالكل وبه قال زفر رحمه الله لان اسم المال يتناول الكل كما في قوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل وجه
الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ومطلق المال في باب الصدقات بايجاب الله منصرف
الى البعض كما في قوله تعالى وفي اموالهم حق معلوم وقوله خذ من اموالهم فكذا ما يوجبه العبد على نفسه
بخلاف الوصية لانها اخت الميراث والارث يجري في جميع الاموال فكذا هي ولان العادة ان الانسان
يلتزم الصدقة من فضول ماله وهو مال الزكاة حال حياته وجميع المال حال وفاته ويدخل فيه جنس
ما يجب فيه الزكاة وهي السوائم والنقدان وعروض التجارة سواء بلغت نصابا او لم يبلغ قدر النصاب
وسواء كان عليه دين مستغرق او لم يكن عليه دين لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها ولا شرائطها
ويدخل فيه الاراضي العشرية عند ابي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة الا ترى ان مصرفه مصارف
الزكاة فكانت جهة الصدقة فيها راجحة وعند محمد رحمه الله لا يدخل لانها سبب المؤنة ولهذا يجب

في ارض الصبي والمكاتب وفي اراض لا مالك لها كالاوقاف فكانت جهة المؤنة راجحة عنده وذكر في النهاية
قول ابي حنيفة مع قول محمد قال ذكره التمرتاشي معه ولا يدخل الارض الخراجية لانها تمحضت مؤنة ولا يدخل
الرقيق للخدمة ولا العقار ولا اثاث المنازل وثياب البدن وسلاح الاستعمال ونحو ذلك مما ليس من اموال
الزكاة لما ذكرنا ومن مشايخنا من قال في قوله ما املك او جميع ما املك في المساكين صدقة يجب عليه ان
يتصدق بجميع ما يملك قياسا واستحسانا وانما القياس والاستحسان في قوله مالي صدقة او جميع مالي
صدقة لان الملك اعم من المال الا ترى ان الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك النكاح وملك القصاص
وملك المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان لفظ الملك اعم تناول جميع ما يتصدق به كما لو نص
عليه بان قال كل ما املكه صدقة مما يتصدق به فهو صدقة والصحيح هو الاول لانهما يستعملان استعمالا
واحدا فيكون النص الوارد في احدهما واردا في الاخر فيكون فيه القياس والاستحسان كما في المال
ولان الانسان عادة يلتزم التصدق بالفاضل على الحاجة فينصرف فيهما الى جنس ما يجب فيه الزكاة ثم
اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قدر قوته فاذا اصاب شيئا بعد ذلك يتصدق
بمثل ما امسك لان حاجته مقدمة ولو لم يمسك قدر حاجته لاحتاج ان يسأل الناس من ساعته وليس من الحكمة
ان يتصدق بما عنده ثم يستعطي من ساعته ولم يبين في المبسوط قدر ما يمسك لان ذلك يختلف باختلاف
العيال وباختلاف ما يجده من التحصيل فبعض اهل الحرف يحصل لهم كل يوم وبعضهم كل ثلثة ايام
وبعضهم اكثر وبعضهم اقل وكذا اهل التجارات واهل الزرع يجد كلهم في كل سنة واهل الغلة في كل شهر
عادة وهم الذين لهم دور وحوانيت وخانات يوجرونها فيمسك اهل كل صنعة قدر ما يكفيه الى ان
يتجدد له حاصله قال ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية فهو وصي بخلاف الوكيل حتى لو باع الوصي
شيئا من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع ولو باع الوكيل مال الموكل قبل العلم بالوكالة ثم علم يجز
وعن ابي يوسف انه لا يجوز في الوصية ايضا حتى يعلم لان كل واحد منهما انابة الا ان احدهما في حال
الحياة والاخر بعد الممات وجه الاول ان الوصية خلافة لانه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصي
فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث وثبوت الملك له والولاية الا ترى ان ابا الصغير لو مات وباع
الجد ماله من غير علم بموته جاز فكذا هذا اما الوكالة فاثبات ولاية التصرف في ماله وليس باستخلاف لبقاء
ولاية الموكل فلا يصح بلا علم من ثبت له الولاية كاثبات الولاية باثبات الملك بالبيع ولان الموكل قادر على
ان يتصرف بنفسه فلا يفوته النظر فلا حاجة الى اثباته بدون العلم بخلاف الميت والاذن بالتجارة للعبد
والصغير بمنزلة الوكالة فلا يثبت الا بعد العلم ولا يجوز تصرف المأذون له فيه لان الاذن مأخوذ من
الاذان وهو الاعلام فلا يتصور بدون العلم قال ومن علم بالوكالة صح تصرفه اي اذا وكل رجلا
وهو لا يعلم فاعلمه واحد من الناس كان وكيلا وجاز تصرفه سواء اخبره بذلك عدل او غير عدل
صغيرا او كبيرا لانه من المعاملات وليس فيه الزام وانما فيه الاطلاق فلا يشترط فيه العدالة كسائر
المعاملات وكذا لا يشترط فيه الحرية ولا الاسلام وحاصله انه من المعاملات فلا يشترط فيه الا التمييز
قال ولا يثبت عزله الا بعدل او مستورين كالاخبار للسيد بجناية عبده وللشفيع والبكر والمسلم
الذي لم يهاجر يعني لا يثبت عزل الوكيل عن الوكالة الا بخبر عدل واحد او اثنين غير عدل الى اخره وهذا عند

ابي حنيفة وقالا لا يشترط في المخبر في هذه الاشياء الا التمييز لانها من المعاملات فصار كالاخبار بالتوكيل على
ما بينا ولابي حنيفة ان في هذه الاشياء الزاما من وجه فيشترط فيه احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة
بيانه اي الالزام ان الوكيل يلزمه العهدة على تقدير ان يتصرف ولا يلزمه شي على تقدير عدم التصرف وكذا الشفيع
يلزمه سقوط الشفعة على تقدير سكوته وعلى تقدير الطلب لا يلزمه شي وكذا البكر على تقدير السكوت يلزمها
النكاح وعلى تقدير الرد لا يلزمها وكذا السيد على تقدير التصرف فيه بالعتق وغيره يلزمه الارش وعلى تقدير
عدم التصرف لا يلزمه ففي كل موضع يلزمه من كل وجه يشترط فيه العدد والعدالة كما في المنازعات
عند الحاكم وفيما لا يلزمه من كل وجه لا يشترط فيه العدد ولا العدالة فاذا كان فيه الزام من وجه دون
وجه يشترط فيه احدهما وقد بيناه في النكاح واما المسلم الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فالاصح
انه يقبل فيه خبر الفاسق حتى يجب عليه الاحكام بخبره لان المخبر به رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم
لقوله عليه السلام الا فليبلغ الحديث وفي الرسول لا يشترط فيه العدالة كالبكر اذا اخبرها الولي التزويج
وهذا الخلاف فيما اذا عزله الموكل وبلغه اما اذا لم يبلغه فهو على وكالته حتى يبلغه بالاجماع لان نهي العباد
معتبر بنواهي الشرع فيما لا يثبت النهي في الشرع بعد الاطلاق قبل البلوغ الى المكلف حتى لا يحرم عليه فعله
فكذا نهي العبد وهذا في العزل القصدي واما اذا كان حكميا فيثبت وينعزل قبل العلم به وذلك مثل موت
الموكل وجنونه مطلقا قال ولو باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد
لم يضمن اي ضاع ثمن العبد في يد البائع وهو القاضي او امينه لم يضمن القاضي ولا امينه للمشتري لان
امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان لانه لو
لزمه الضمان لتقاعدوا عن قبول الامانة حذرا من لزوم الضمان وتعطلت مصالح المسلمين وكذا لو قبض
الثمن وضاع في يده وهلك العبد قبل التسليم الى المشتري لا يضمن القاضي ولا امينه الثمن لما ذكرنا
قال ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فتكون عهدته عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما
تجعل العهدة على الموكل اذا تعذر جعلها على الوكيل بان كان الوكيل عبدا او صبيا محجورا عليه لان العقد وقع
له قال وان امر القاضي الوصي ببيعه لهم فاستحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع
المشتري على الوصي لان الوصي هو العاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله حال حياته
وهذا اذا كان الميت اوصى اليه فظاهر وكذا اذا نصبه القاضي لان القاضي انما نصبه ليكون قائما
مقام الميت لا ليكون قائما مقام القاضي فصار كما لو اوصى اليه الميت قال وهو على الغرماء اي يرجع
الوصي على الغرماء لانه عامل لهم ومن عمل لغيره عملا ولحقه بسببه ضمان يرجع به على من يقع له
العمل ولو ظهر للميت بعد ذلك مال رجع الغريم فيه بدينه لان دينه لم يصل اليه ويرجع بما ضمن
للوصي او للمشتري في المسئلة الاولى وهو ما اذا كان البائع هو القاضي او امينه لانه قضى ذلك
وهو مضطر فيه وقيل لا يرجع به لان الضمان وجب عليه بفعله لان قبض الوصي كقبضه والاول
اصح لما ذكرنا والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا
له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ان كان هو وصي الميت وان كان القاضي او امينه هو العاقد رجع عليه
المشتري لما ذكرنا قال ولو قال قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم او بالقطع او بالضرب فافعله

وسعك فعله قد هنا بكونه عدلًا وعالمًا وفي الجامع الصغير لم يقيده بهما وهو الظاهر وانما يسعه فعله لان طاعة اولي الامر واجبة قال الله تعالى واطيعوا الرسول واولي الامر منكم وفي تصديقه طاعة ولانه اخبر على امر يملك انشاءه في الحال فيقبل قوله لخلوه عن التهمة ولانه لا يولي في موضع الا واحد في الاعصار كلها ولو لم يقبل قوله وحده لولي في مكان قاضيان فعلم بذلك ان قوله حجة اوشهد بذلك مع القاضي عدل وبه اخذ مشايخنا رحمهم الله لفساد اكثر قضاة زماننا والذلك غير ممكن ولان قبول خبر الواحد رتبة الانبياء عليهم السلام وغيرهم غير معصوم من الكذب والغلط الا في باب القاضي الى القاضي لضرورة احياء الحقوق ولان الخيانة في مثله قل ما تقع وقال ابو منصور الماتريدي رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخيانة واحتمال الخطا لانه لعدالته يومن من الميل بالرشوة ولفقهه يومن من الغلط ظاهرا وان كان عدلا جاهلا يستفسر لان الجاهل قد يظن غير الدليل دليلا فان احسن بان بين شرائطه مثلا الحكم حد الزنا مثلا باقرار او بينة فيأتي شرائطه عند التفسير وجب تصديقه لان عدالته تمنعه عن الكذب وان لم يحسن بان اخل في شرائطه من نصاب الشهادة او التكرار في الاقرار ونحو ذلك لا يقبل قوله وان كان فاسقا فكذلك الا ان يعاين الحجة لاحتمال الخطا او الخيانة قال الله تعالى في نبا الفاسق ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا والمصنف رحمه الله اختار هذا القول وان لم يصدقه فلا يمين على القاضي لان اليمين على الخصم والقاضي ليس بخصم وانما هو امين ولو صار خصما لما نفذ قضاؤه **قال** وان قال قاض عزل لرجل اخذت منك الفا ودفعته الى زيد قضيت به عليك فقال الرجل اخذته ظلما فالقول للقاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان المقطوع يده والماخوذ منه ماله مقرا انه فعله وهو قاض لان المقضي عليه لما اقر انه فعله في حال قضائه صار معترفا بشهادة الظاهر للقاضي لان فعل القاضي على سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان فجعل القول قوله ولا يجب على القاضي في ذلك يمين لانه ثبت انه فعل ذلك في حال قضائه بتصادقهما ولا يمين على القاضي لما ذكرنا ولو اقر الاخذ والقاطع بما اقر به القاضي لم يضمنا ايضا لان قول القاضي حجة ودفعه صحيح فصار كما اقر به كفعله معاينا ولو زعم المقطوع يده او الماخوذ منه ماله انه لم يكن قاضيا يومئذ وانما فعله قبل التقلد او بعد العزل كان القول للقاضي ايضا لانه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون كان معهودا منه وقال شمس الائمة السرخسي اذا زعم المدعي ان القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي لان هذا الفعل حادث فيضاف الى اقرب اوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة لان الاصل متى وقعت المنازعة في الاسناد يحكم الحال كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل في تلك الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الاسناد الى حالة منافية الا بحجة بخلاف المسئلة الاولى لانه ثبت الاسناد بتصادقهما والصحيح هو الاول لما ذكرنا وهو اختيار فخر الاسلام علي البزدوي والصدر الشهيد رحمهما الله ونظيره اذا قال العبد لغيره بعد العتق قطعت يدك وانا عبد وقال المقر له بل قطعتها وانت حر كان القول قول العبد وكذا لو قال المولى لعبد قد اعتقه اخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وانت عبد فقال المعتق اخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا الوكيل بالبيع اذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للموكل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما فالقول قول الوكيل لانه اخبر عما لا يملك الانشاء فصار مدعيا وهذا في مسئلة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لانه اقر بالاخذ وبالاضافة يدعي عليه التمليك ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب ضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق **فان قيل** قد وجد الاسناد منهما منهما ايضا الى حالة معهودة منافية للضمان فوجب ان لا يضمنا ايضا كالقاضي **قلنا** ان هذه حجة عارضها ما هو اقوى منها يعني وجوب الضمان وهو الاقرار بسبب الضمان لان هذه قطعية لانه اقرار والاقرار حجة قطعية على نفسه وما ذكرنا من قضاء القاضي في حقهما حجة ظاهرة لا قطعية والظاهر لا يعارض القطعي وكان ينبغي ان يكون في حق القاضي كذلك ويجب عليه الضمان لكن لو اوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضاء حذارا من الضمان بعد العزل فترك لذلك ولو كان المال في يد الاخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والماخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه يوخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه وهي نظير مسئلة الغلة على ما بينا ومن نظاير هذه المسائل ما لو قال الوصي بعد ما بلغ اليتيم انفقت عليه كذا وكذا من المال وانكر اليتيم ذلك كان القول قول الوصي لما اسند الى حالة منافية للضمان واورد في النهاية على المسائل المتقدمة ما اذا اعتق المولى امته ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي فقالت بل قطعتها وانا حرة كان القول قولها وكذا في كل شيء اخذه منها عند ابي حنيفة وابي يوسف مع انه منكر للضمان باسناده الفعل الى حالة منافية له فاجاب بالفرق بينهما من حيث ان المولى اقر باخذ مالها ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق في اقراره ولا يصدق في دعواه التملك له وهذا لو قال لرجل اكلت طعامك باذنك فانكر الاذن يضمن المقر وهذا الفرق غير مخلص والله اعلم

كتاب الشهادة

قال هي اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان هذا في اللغة فلهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة وسمي الاداء شهادة اطلاقا لاسم السبب على المسبب وقيل هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر القاضي ومجلس الواقعة وهي في اصطلاح اهل الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة شرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه وركنها لفظ اشهد بمعنى الخبر دون القسم وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما يقتضيه الشهادة والقياس يابى ان تكون الشهادة حجة ملزمة لانه خبر محتمل للصدق والكذب ولكن ترك ذلك بالنصوص والاجماع **قال** ويلزم بطلب المدعي اي لزم اداء الشهادة ولا يسع كتمانها اذا طلب المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه اثم قلبه وهذا وان كان نهيا عن الاباء والكتمان لكن النهي عن الشيء يكون امرا بضده اذا كان له ضد واحد لان الانتهاء لا يكون الا بالاشتغال به فكان اداء الشهادة فرضا قطعا كفريضة الانتهاء عن الكتمان فصار كالامر به بل اكد ولهذا اسند الاثم الى الآلة التي وقع بها الفعل وهي القلب لان اسناد الفعل الى محله اقوى من اسناده الى الكل وقوله ابصرته بعيني اكد من قولهم ابصرته واسناده الى اشرف الجوارح دليل

على انه اعظم الجرائم بعد الكفر بالله تعالى ثم انما يأثم اذا علم ان القاضي يقبل شهادته وتعين عليه الاداء وان
علم ان القاضي لا يقبل شهادته او كانوا جماعة فادى غيره ممن يقبل شهادته فقبلت قالوا لا يأثم وان
ادى غيره ولم يقبل شهادته يأثم من لم يؤد اذا كان ممن يقبل شهادته لان امتناعه يؤدي الى تضييع الحقوق
هذا اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القاضي وان كان بعيدا بحيث لا يمكنه ان يغدو الى القاضي لاداء
الشهادة ويرجع الى اهله في يومه ذلك لا يأثم لانه يلحقه الضرر بذلك وقال تعالى ولا يضار كاتب ولا شهيد
ثم ان كان الشاهد شيخا كبيرا لا يقدر على المشي الى مجلس الحاكم وليس له شيء للركوب فركبه المدعي من عنده قالوا
لا بأس به وتقبل شهادته لانه من باب الاكرام للشهود وقد قال عليه السلام اكرموا الشهود وان كان يقدر
وركبه المدعي من عنده قالوا لا تقبل **قال** وسترها في الحدود احب لقوله عليه السلام للذي شهد عنده
لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وبهذا الحديث ولفظ المختصر يدل على انه مخير بين الستر والاظهار ولكن
الستر افضل لما روينا ولقوله عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخرة وفيما نقل من
تلقين المقر للدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه دلالة ظاهرة على ان الستر افضل وان شاء اظهر
لان فيه حسبة ايضا لان فيه ازالة الفساد او تقليله فكان حسنا ولا يلزم علينا قوله تعالى ان الذين
يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين امنوا الاية لان ظاهر الاية والله اعلم يقتضي انهم يحبون ان تشيع
الفاحشة لاجل انهم امنوا وذلك صفة الكافر فلذلك وعد بعذاب اليم ولان مقصود الشاهد ارتفاع الفا
من العباد لا اشاعتها ولهذا امر الله تعالى بالاستشهاد به بقوله فاستشهدوا عليهن اربعة منكم فلهذا احسن
والاول وهو الستر احسن لما بينا ولا يلزم عليه قوله تعالى ومن يكتمها فانه اثم قلبه لان المراد به حقوق
العباد بدليل قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا اي اذا دعاهم المدعي والحدود ليس لها مدع من العباد
ولان الحدود حق الله تعالى والله غني عن العالمين بكرمه ولطفه بعباده والعبد محتاج يحتج فلا ينافس
احد الحقين على الاخر **قال** ويقول في السرقة اخذ لا سرق لان الشهادة بالمال واجب اذا طلبه المدعي
والستر في الحد افضل على ما بينا وامكنه الجمع بينهما باقامة الحقين بقوله اخذ لانه يحيي به حق المدعي
ولا يجب به الحد ولان القطع متى وجب عليه سقط الضمان اذ لا يجتمعان فلا يحصل مقصود المدعي
بقوله سرق وسوقاه مراعاة لحقه اذ هو محتاج اليه وفيه صيانة يد السارق والله غني عن العالمين فلا
ضرورة الى اقامته **قال** ويشترط للزنا اربعة رجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم
فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولقوله
تعالى لولا جاؤوا عليه باربعة شهداء ولقوله عليه السلام ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك وهذه
الالفاظ موضوعة للذكور دون المؤنث وقد انعقد الاجماع على اشتراط الذكورية ولان الله تعالى يحب
الستر على عباده واوعد بالعذاب من احب الفاحشة على المؤمنين بما ذكرنا وفي اشتراط الاربع وصف
الذكورة تحقيق معنى الستر اذ قلما يطلع الاربع على مثل هذه الفاحشة بل ما يتحقق واوجب على من نسب الى هذه
الفاحشة الحد ان كان اجنبيا واللعان ان كان زوجا كل ذلك يؤكد معنى الستر ويمنع من الاظهار ولا يقال
ليس في هذه النصوص بيان جواز العمل بهذا العدد وليس فيه بيان ما يمنع العمل باقل منه لانا نقول
هو كذلك لان التخصيص بالذكر لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء المذكور ولكن لا يوجبه ايضا فمن ادعى جواز

قالوا لا

حشة

ما دونه يحتاج الى دليل لما ان النافي للحكم عند انتفائه لا يعني الا العدم وذلك يقتضيه اذ لا يثبت الحكم
الشرعي بمجرد دليل وقد وجد الدليل على انتفائه عند انتفاء العدد المذكور هنا وهو اجماع الصحابة
ومن بعدهم الى يومنا هذا ان الشهود على الزنا اذا انتقص عددهم عن الاربعة يجب عليهم الحد لكونهم قذفة الا
ترى ان عمر رضي الله عنه حد الثلاثة الذين شهدوا على مغيرة بالزنا ولو كان الزنا يثبت بما دونه لما وجب
عليهم الحد لان يجب على المنسوب الى الزنا ولا يمكن القياس على غيره من الحقوق لعدم التساوي ولوجود
النص في الفرع وشرط القياس المساواة بين الاصل والفرع وان لا يكون في الفرع نص يخالف العلة **قال**
ولبقية الحدود والقصاص رجلان لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم
والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص وقال فاستشهدوا شهيدين من رجالكم
ولان شهادة النساء فيها شبهة البدلية لانه جعل اثنتين منهن قائمة مقام رجل فلا تقبل فيما يندرئ
بالشبهات مما لا يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي وانما كانت فيها شبهة البدلية لا حقيقتها لان البدل
الحقيقي لا يصار اليه مع القدرة على الاصل غالبا وشهادة امرأتين مع رجل تقبل مع وجود الشهود من الرجال
ومعنى قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فان لم يكن الشهيدان رجلين فليشهد رجل وامرأتان
ولولا هذا التأويل لما اعتبر شهادتهن مع وجود الرجال وشهادتهن معتبرة عند الاختلاط بالرجال
ايضا حتى اذا شهد رجال ونسوة بشيء يضاف الحكم الى الكل حتى يجب الضمان على الكل عند الرجوع **قال**
وللولادة والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه رجل امرأة يعني يشترط لثبوت هذه الاشياء شهادة
امرأة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف
واللام اذا لم يكن ثمة معهود يراد به الجنس فيتناول الاقل وما اخرجه رضي الله عنه اجاز رسول الله
صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة على الولادة وقال الشافعي يشترط فيه ان يشهد اربعة من النساء
لان كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد في الشهادة وقال ابن ابي ليلى يشترط ان يشهد فيه اثنتان
من النساء لان المعتبر في باب الشهادات شيئان العدد والذكورة وتعذر اعتبار احدهما فبقي الاخر وهو العدد
على حاله والحجة عليهما ما روينا ولانه انما سقط اشتراط صفة الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس اخف
فكذا يسقط اعتبار العدد لان نظر الواحد اخف والاحوط الاثنتان او الثلاث لما فيه من معنى الالزام
ويشترط فيها سائر شرائط الشهادة من الحرية والاسلام والعقل والبلوغ والعدالة وحكم
شهادتهن في الولادة والبكارة والعيوب قد ذكرنا كل واحد منها في موضعها من الطلاق والبيوع
واما شهادتهن في استهلال الصبي لا تقبل في حق الارث عند ابي حنيفة لانه مما يطلع عليه الرجال
وتقبل في حق الصلاة عليه لانه من امور الدين كشهادتهن في هلال رمضان وعندهما
تقبل لان الاستهلال علامة حياته ولا يعرفه الا من حضره ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن
على نفس الولادة وتقبل في الولادة شهادة رجل واحد ايضا لانه لما قبل فيه شهادة المرأة كان
الرجل بالطريق الاولى ثم اختلفوا فيما اذا قال تعمدت النظر قال بعضهم يقبل كما في الزنا **قال**
رحمه الله ولغيرها رجلان او رجل وامرأتان اي لغير الحدود والقصاص وما لا يطلع عليه الرجال
شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال كالنكاح والطلاق والعتاق

والوكالة والوصاية وتجوز الدعاوى التي يراد بها المال وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال
الا في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل واختلال
الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل شهادتهن وحدهن وان كثرن ولا مع الرجال
في الحدود والقصاص وانما قبلت في الاموال وتوابعها للضرورة لكثرة وقوعها وقلة خطرها ولا
كذلك غير المال **ولنا** ما روي ان عمر وعليا اجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة
ولانها حجة اصلية لا ضرورية والاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهي
الولاية وهي تبتنى على الحرية والارث ولوجود اهلية القبول وهي تبتنى على انتفاء التهمة بالكذب والغلط
فالكذب ينتفي بالعدالة والغلط ينتفي باتفاق المعاينة والضبط والاداء لان بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني
يحصل به البقاء والدوام وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اداؤها في الاخبار وكان ينبغي ان تقبل
شهادتهن مطلقا كالرجال ولا رجحان للرجل الا انه فيه كثرة خروجهن ونقصان الضبط بزيادة النسيان
انجبر بضم اخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة وهذه الحقوق تثبت مع الشبهة كالمال بل فوقه الا ترى
ان النكاح يثبت مع الهزل وكذا الطلاق والعتاق والمال لا يثبت به واي شبهة اقوى من الهزل بخلاف
الحدود والقصاص لانها لا تثبت مع الشبهة **قال** رحمه الله ولا بد من لفظ الشهادة والعدالة اي
تشترط لجميع مراتب الشهادة وهي اربع مراتب على ما مضى بيانه لفظة الشهادة والعدالة لكي تقبل حتى لو قال
الشاهد اعلم او اتيقن لا تقبل شهادته لان النصوص ناطقة بالاستشهاد فلا يقوم غيرها مقامها ولما فيها
من زيادة توكيد لانها من الفاظ اليمين فيكون معنى اليمين ملاحظا فيها والامتناع عن الكذب بهذا اللفظ
اشد اذ لا يوجد هذا المعنى في غيرها من الالفاظ بخلاف غيرها من الاوامر حيث لا يراعى فيه اللفظ الذي ورد
به الامر بل يتاتى بكل لفظ يعطي ذلك المعنى كالتكبير والايمان حتى صح الدخول في الصلاة بلفظ التكبير
وغيره مما هو في معناه وكذا الايمان يجوز باي كان لحصول المقصود به ولان في الشهادة الزام الحاكم
الحكم وثبت ذلك على خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص والعراقيون لا يشترطون لفظة الشهادة
في شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ويجعلونه من باب الاخبار لا من باب الشهادة والصحيح هو
الاول لانه من باب الشهادة ولهذا يشترط فيه شرائط الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيرهما والعدالة
هي المعينة للصدق قال الله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقال الله تعالى ممن ترضون من الشهداء
والعدل هو المرضي ولان من باشر غير الكذب من المعاصي قد يباشر الكذب وهذا لان الخبر يحتمل الصدق
والكذب وبالعدالة يترجح جهة الصدق وهي الانزجار عما يعتقد حرمته والحجة هو الخبر الصادق
ولا يلزم حجة دونها وهي شرط لزوم العمل بالشهادة لا شرط اهلية الشهادة اذ الفاسق اهل لولاية القضاء
والسلطنة فيكون اهلا للشهادة الا ان فسقه اوجب التوقف في خبره لتهمة قال الله تعالى ان جاءكم فاسق
بنبا فتبينوا امر بالتبين والتثبت لا بالرد حتى لو غلب على ظنه انه صادق في الشهادة جاز ان يحكم به
وعن ابي يوسف رحمه الله ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لعدم تمكن تهمة
الكذب في شهادته لانه لوجاهته لا يتجاسر احد على استئجاره لاداء الشهادة ولمروءته يمتنع عن الكذب
من غير منفعة له في ذلك والاول اصح لما ذكرنا ولان في قبول شهادته اكرامه قال عليه السلام اذا اتاكم

الشهود

الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم وفي حق الفاسق امرنا بخلافه قال عليه السلام اذا لقيتم الفاسق
فالقوه بوجه مكفهر ومن يكون معلنا للفسق فلا مروءة له شرعا فلا يلزم قبول شهادته حتما على وجه لا بد له
منه **قال** ويسال عن الشهود سرا وعلنا في سائر الحقوق وهذا عند ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة
يقتصر على ظاهر عدالة المسلم ولا يسال عن الشاهد حتى يطعن الخصم فيه فان طعن فيه سال عنه سرا وجهرا
الا في الحدود والقصاص فانه يسال عنه في السر والعلانية وان لم يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون
عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر وظاهر قوله تعالى وكذلك جعلناكم امة
وسطا لتكونوا شهداء على الناس يشهد له ولان الظاهر هو الانزجار لان عقله ودينه يمنعانه عن مباشرة
القبيح فاكتفي بالظاهر لعدم المنازع وان كان الموضع موضع استحقاق كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده
اذا لم يكن له منازع وهذا لانه لا يمكن الوصول الى القطع فيكتفى بها ولو زكي فالمزكي يخبر عن عدالته متمسكا
بظاهر حاله لان اقصى ما يستدل به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات
وهي دلالة ظاهرة عليها وليست بقطعية فلا حاجة الى اشتراط السؤال الا اذا طعن الخصم فيه لانه لا
يطعنه كاذبا ظاهرا فتقابل الظاهران فوجب الترجيح بالاستقصاء بخلاف الحدود والقصاص لانهما يندرءان
بالشبهات ويحتاط لاسقاطهما فيستقصى فيهما ابتداء من غير طعن خصم رجاء ان يسقط ولهما ان القضاء يبتنى
على الحجة ولا تقع الحجة الا بشهادة العدول على ما بينا والعدالة قبل السؤال ثابتة بالظاهر وهو لا يصلح
حجة للاستحقاق فوجب التعرف عنها صيانة لقضائه عن البطلان واسنادا لحكمه الى البرهان وقيل هذا
اختلاف عصر وزمان لان ابا حنيفة رضي الله عنه كان في القرن الثالث وهم ناس شهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم بالخير والصلاح بقوله عليه السلام خير القرون قرني الذي انا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم
ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل ان يستحلف ويشهد قبل ان يستشهد والآية التي تلونا والحديث الذي
رويناه يدلان على ذلك وهما كانا في القرن الرابع بعدما تغير احوال الناس وظهرت الجنايات والكذب
فافتى كل واحد بما شاهد في زمانه والفتوى اليوم على قولهما لان الفساد في هذا العصر الزم العدل في
السر ان يبعث المستورة وهي الرقعة الى المعدل فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومسجده الذي يصلي فيه
ومحلته وسوقه ان كان سوقيا فيسال عنه جيرانه واصدقاءه فاذا عرفهم من عرفه بالعدالة يكتب تحت
اسمه في كتاب القاضي انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق يسكت ولا يكتب احترازا عن الهتك
ويقول الله اعلم الا اذا عدله غيره وخاف ان يحكم القاضي بشهادته فحينئذ يصرح به ومن لم يعرف حاله
يكتب تحت اسمه انه مستور ويرد المعدل المستورة سرا كيلا يظهر فيؤذى ولا بد في المعدل في العلانية من ان
يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره عند القاضي لاحتمال ان يكون في قبيلته من يوافقه في
الاسم وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لان السؤال كانت لاهل الخير والصلاح ولم يوجد عليهم
اهل الشر وتكتفي بالسر في زماننا لما ذكرنا وقال محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ولا بد ان يقول
المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد والمحدود في قذف اذا تاب يكون عدلا والاصح انه يكتفي بقوله
هو عدل لان من نشا في دار الاسلام في زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام ولهذا لا يسال القاضي
عن حرية الشاهد واسلامه ما لم ينازعه الخصم وما ذكره في الجامع ان الناس احرار الا في الشهادة والحدود

وَالقصاص وَالعقل فانه لا يكتفى بظاهر الحرية في هذه المواضع بل يسأل عنها يحمل على ما اذا طعن الخصم
بالرق فان ابا الحسن ذكر في مختصره ان الناس احرار الا في اربع مواضع الشهادة والحدود وَالقصاص
وَالعقل فانه لا يكتفى بظاهر الحرية في هذه المواضع اذا قال المدعى عليه ان الشاهد عبد او قال القاذف للمقذوف
عبد او قال الشاج المشجوج عبد او قالت العاقلة القاتل عبد لا تقبل شهادته ولا يجب حد القذف وَلا القصاص
فيما دون النفس وَلا الدية على العاقلة حتى يقيم البينة انه حر ويكتفى بظاهر العدالة عند ابي حنيفة رحمه الله
فان القاضي يحكم بظاهر العدالة لكونه من المسلمين ما لم يطعن الخصم فيهم فاذا طعن يسأل على ما بينا **قال**
وَتعديل الخصم لا يصح هكذا قال ابو حنيفة رحمه الله يعني تعديل المدعى عليه الشهود لا يصح ومراده على قول
من يرى السؤال عن الشهود وَاما على قوله فلا يتأتى ذلك لانه لا يرى السؤال عن الشهود وَنظيره المزارعة
فانه لا يراها وَمع هذا فرع عليها على قول من يرى وَانما لا يصح تعديله لان من زعم المدعي وَشهوده ان المدعى عليه
ظالم كاذب في الجحود وَتزكية الكاذب الفاسق لا تصح وَعن ابي يوسف وَمحمد ان تزكيته تجوز اذا كان من اهله
بان كان عدلا لكن عند محمد رحمه الله لا بد من ضم آخر اليه لانه لا يجوز تعديل الواحد وَابو يوسف يجوز على ما
يجيء من قريب وَالمراد فيما اذا قال هم عدول لكنهم اخطأوا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد
لزمه الحق لاقراره به ولو قال هم عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شيء لانهم مع كونهم عدولا يتوهم منهم
النسيان وَالخطأ فلا يلزم من كونه عدلا ان يكون كلامه صوابا **قال** والواحد يكفي للتزكية لان التزكية
من امور الدين فلا يشترط فيه الا العدالة حتى يجوز تزكية العبد وَالمرأة وَالاعمى وَالمحدود في قذف
اذا تاب لان خبرهم مقبول في الامور الدينية الا ترى ان روايتهم في الاخبار مقبولة وهذا عندهما وقال محمد
يشترط في التزكية ما يشترط في الشهادة من العدد ووصف الذكورة حتى يشترط في تزكية شهود الزنا اربعة
ذكور وَفي غيره من الحدود وَالقصاص رجلان وَفي غيرهما من الحقوق يجوز رجلان او رجل وَامرأتان وفيما
لا يطلع عليه الرجال امرأة واحدة اعتبارها على مراتب الشهادة لان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية
القاضي تنبني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة وَلهما انه ليس في
معنى الشهادة وَانما هو في معنى الاخبار وَلهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة وَلا مجلس الحكم وَجاز تزكية
من لا تقبل شهادته له كتزكية احد الزوجين الآخر وَتزكية الوالد ولده وَبالعكس وَاشتراط العدد
في الشهادة امر تعبدي ثبت على خلاف القياس لان رجحان الصدق في حق العمل بقوله باعتبار العدالة لا بالعدد
كما في رواية الاخبار حتى يكتفى فيها لا يرجح بكثرة الرواة ما لم يبلغ حد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد
في الشهادة وَلكن ترك ذلك للنص فبقي ما وراءها على الاصل وَفي المحيط اجاز تزكية الصبي وَقالوا
يشترط الذكورة وَعدد الشهادة في تزكية شهود الحد بالاجماع وَالمراد بالرسالة وَالترجمة رسول
القاضي الى المزكي وَالمترجم عن الشهود كل ذلك على الخلاف الذي ذكرنا وَالمعنى ما بينا من الجانبين
وَالاحوط في الكل اثنان وَينبغي للقاضي ان يختار في المسألة عن الشهود من هو اخبر باحوال الناس
وَاكثرهم اختلاطا بالناس مع عدالته عارفا بما يكون جرحا وَبما لا يكون غير طماع ولا فقير كيلا يخدع بالمال فان
لم يعرف جيرانه وَلا اهل سوقه من يثق به يسأل اهل محلته وَان لم يجد فيهم ثقة اعتبر فيهم تواتر الاخبار وَهذا
الذي ذكرناه كله في تزكية السر وَاما تزكية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية

وَالبصر وَغير ذلك سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها اظهر فانها تختص بمجلس القضا
قال وَله ان يشهد بما سمع او رأى في مثل البيع وَالاقرار وَحكم الحاكم وَالغصب وَالقتل وَان لم يشهد
عليه اي يجوز له ان يشهد في كل ما يتم بنفسه اذا عاين السبب كالبيع الى آخر ما ذكر وَان لم يشهد عليه بل يجب
عليه اداؤها اذا دعي اليه لما تلونا وَرويناه وَهذا لانه علم ما هو الموجب بنفسه وَهو الشرط لقوله تعالى الا من شهد بالحق
وهم يعلمون وَلقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد وَالا فدع وَيقول اشهد انه باع وَاقر لانه
عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين وَهذا اذا كان البيع بالعقد فظاهر وَان كان بالتعاطي فكذلك
لان حقيقة البيع هو مبادلة المال بالمال وَقد وجد وَقيل لا يشهدون على البيع بل يشهدون على الاخذ
وَالاعطاء لانه بيع حكمي وَليس ببيع حقيقي وَلا يقول اشهدني لانه كذب الا اذا اشهده فلا يكون كاذبا وَكذا في الاقرار
يقول اشهد ان فلانا اقر كذا لفلان وَلا يقول اشهدني لما ذكرنا وَلو سمع من وراء الحجاب لا يسعه ان يشهد
لاحتمال ان يكون غيره اذ النغمة تشبه النغمة الا اذا كان في الداخل وحده وَعلم الشاهد انه ليس فيه غيره
ثم جلس على المسلك وَليس له مسلك غيره فسمع اقرار الداخل وَلا يراه لانه يحصل به العلم وَينبغي للقاضي
اذا فسر له ان لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة وَليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التفسير الا
ترى ان الشهادة بالتسامع تجوز في اشياء ثم عند التفسير لا تقبل وَقالوا اذا سمع صوت امرأة من وراء
الحجاب لا يجوز ان يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها وَقت الاقرار **قال** وَلا يشهد على شهادة غيره
ما لم يشهد عليه لان الشهادة لا يثبت حكمها بنفسه وَلا يصير حجة الا بالنقل الى مجلس القضا وَلهذا اعتبر
عدالة الاصول فلا يكون لغيره ان يجعل كلامه حجة الا بامره فلا يسعه ان يشهد على شهادته الا بالتحميل
وَكذا اذا سمعه يشهد غيره على شهادته لا يسع السامع ان يشهد على شهادته لانه لم يحمله وَانما حمل غيره
فصار نظير ما لو سمع شخصا يوكل احدا لا يجوز للسامع ان يتصرف ما لم يوكله لان الموكل لم يرض برأيه **قال**
وَلا يعمل شاهد وَقاض وَراو بالخط ان لم يتذكروا اي لا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد حتى يتذكر الشهادة
وَلا للقاضي اذا رأى في ديوانه مكتوبا شهادة شهود وَلا يحفظ انهم شهدوا بذلك او قضية قضاها
ان يحكم بتلك الشهادة وَلا ان يمضي تلك القضية وَلا للراوي اذا وجد مكتوبا بخطه او بخط غيره وَهو
معروف انه قرأ على فلان وَنحوه ان يروي حتى يتذكر الشهادة او القضية او الرواية وَهذا على اطلاقه قول
ابي حنيفة وَوجهه قوله تعالى الا من شهد بالحق وَهم يعلمون وَقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس
فاشهد شرط ان يكون عالما وَلا يتصور العلم بدون تذكر الواقعة وَلان الخط يشبه الخط فلا يلزم حجة
لاحتمال انه مزور وَهذا لان فائدة الكتاب ان يتذكر اذا نظر فيه فاذا لم يفد للقلب التذكار صار وجوده كعدمه
وَقال محمد رحمه الله يجوز لكل واحد منهم ان يعمل بالكتاب ان عرفه وَان لم يتذكر الواقعة توسعة للامر على
الناس وَقال ابو يوسف رحمه الله يجوز للراوي ان يعمل به لدلالة الظاهر وَكذا القاضي ان يحكم بالشهادة
وَان يمضي القضاء بذلك وَليس للشاهد ان يشهد برؤية خطه ما لم يتذكر الشهادة لان القاضي لكثرة اشتغاله
يعجز عن حفظ كل حادثة وَلهذا يكتب كل حادثة فلو لم يكتف بما يجد في قمطره لتعطل احوال الناس وَلا ريبة له
في قمطره وَهو في يده تحت ختمه فيؤمن من التبديل وَالتزوير وَكتابة الرواة تكون في ايديهم فيؤمن من التزوير
ايضا بخلاف كتابة الشهادة لان الصك يكون في ايدي الخصوم فلا يؤمن من التبديل وَلو نسي القاضي قضاءه

ولم يحتج له بحيث يشهد عنده شاهدان بانه قضى جرى فعلى الخلاف المذكور وعند ابي يوسف لا يعتمد ذلك
وعلى هذا لو اخبره قوم ممن يثق بهم انه كان شاهدا لا يسعه ان يشهد وعلى هذا لو سمع حديثا من غيره ثم نسي رواية
الاصل سمعه ممن روى عنه فعند ابي يوسف لا يعتمده ولا يجوز له ان يرويه وعند محمد له ان يعتمد ذلك الخط
الخط ولو لم يذكر مجلس الشهادة دونها الشهادة لا يسعه ان يشهد **قال** ولا يشهد بما لم يعاينه الا في
النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بها اذا اخبره بها من يثق
به وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة لا تجوز الا بعلم على ما بينا من قبل ولا يحصل العلم الا بالمشاهدة والعيان
او بالخبر المتواتر ولم يوجد فصار كالبيع والاجارة بل اولى لان حكم المال اخف من حكم النكاح ولهذا لا يجوز
للقاضي ان يحكم بالتسامع والحكم يجب بما يجب به الشهادة ولهذا لو فسر للقاضي لا يقبله **وجه**
الاستحسان ان هذه الامور يختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون
وانقراض الاعصار فلو لم يقبل فيها بالتسامع ادى الى الحرج وتعطل الاحكام ولان الاسباب تقترن بها
ما يشتهر به فان النسب يشتهر بالتهنئة ونسبة كل واحد الى الاخر عند المخاطبات والمناداة والموت
بالتعزية وقسمة التركات واندراس الآثار والنكاح بالشهود والولائم والدخول يتعلق به احكام مشهورة
من النسب والمهر والعدة وثبوت الاحصان والقضاء بقراءة المنشور واختلاف الخصوم اليه وازدحامهم
عليه فنزلت الشهرة فيها منزلة العيان فلا يشترط فيها المشاهدة بخلاف البيع والهبة والاجارة وامثالها
لانها لا تختص بمشاهدة اسبابها الخواص من الناس بل يحضره الخاص والعام وبه جرت العادة ولان الناس
قاطبة مجمعون على انهم يشهدون بهذه الاشياء بالشهرة الا ترى انا نشهد ان عليا تزوج فاطمة ودخل بها
وشريحا كان قاضيا وعمر بن الخطاب تزوج بنت علي ولو تعلقت بحقيقة علم السبب ادى الى عدم الشهادة بها
اصلا لان سبب النسب العلوق ولا علم للبشر فيه وسبب القضاء التولية ولا يحضره الا الوزير وامثاله وكذا
الدخول لا يعرفه الا الزوجان فالمعنى في الكل بالدليل الظاهر ثم انما يجوز له ان يشهد بعد بالتواتر او باخبار
من يثق به واذا رأى امرأة يدخل عليها رجل وينبسط انبساط الازواج وسمع من الناس انها زوجته جاز
له ان يشهد به وان لم يعاين عقد النكاح وكذا اذا رأى شخصا جالسا مجلس الحكم يفصل الخصومات جاز له ان
يشهد انه قاض فالواو في الاخبار يشترط ان يخبره رجلان او رجل وامرأتان وهم عدول ليحصل له نوع
علم او غلبة ظن وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد عدل او واحدة لانه قد يتحقق في موضع ليس فيه الا واحد
بخلاف غيره لان الغالب فيها ان يكون من الجماعة ويشترط في الاخبار لفظ الشهادة في غير الموت وفي الموت
لا يشترط لانه لا يشترط فيه العدد فكذا لفظ الشهادة ولو لم يحضر الموت الا شخص واحد واراد ان
يشهد بموته عند الحاكم اخبر بذلك رجلا عدلا ثم يشهد ان بذلك عند الحاكم وهو من اعجب المسائل ولو
شهد انه حضر دفنه فهو معاينة **وقوله** والاصل الوقف يحترز به من شرائطه لان اصله هو الذي
يشتهر دون شرائطه فلا يقبل فيها بالتسامع وذكر المرغيناني رحمه الله انه لابد من بيان الجهة بان يشهدوا
انه وقف على المسجد او المقبرة وما اشبه ذلك حتى لو لم يذكروا في شهادتهم الجهة لا تقبل شهادتهم ثم قصر
الاستثناء على هذه الاشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء وعن ابي يوسف انه يجوز لانه بمنزلة النسب لقوله
عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب ولان الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد الموت كالحكم المتعلق بالنسب

فلو لم يجز بالتسامع لتعطلت الاحكام وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان العتق يبتنى على زوال الملك ولابد فيه من
المعاينة فكذا ما يبتنى عليه وذكر شمس الائمة السرخسي ان الشهادة بالعتق لا تقبل بالاجماع وذكر الحلواني ان
الخلاف ثابت فيه ايضا ثم ينبغي الا يفسر انه يشهد بالتسامع فلو فسر لا يقبله كما ان من رأى انسانا يطلق
له الشهادة واذا فسر لا يقبل **قال** ومن في يده شيء سوى الرقيق لك ان تشهد انه له لان اليد بلا منازع
اقصى ما يستدل به على الملك اذ لا دليل يعرفه الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لان غاية ما في الباب
ان يعاين اسباب الملك من الشراء وغيره وذلك راجع الى اليد لان المملك ثبت ملكه باليد بلا منازع ولولا ذلك
لما صح التمليك منه من المشتري فيثبت بهذا ان لا دليل على الملك سوى اليد فجاز تعيين الشاهد اليد اعتبارا
للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة لمنعه الشهادة باليد يؤدي الى سد بابها اذ لا دليل للشاهد سوى اليد
وبابها مفتوح وهي مشروعة فما يؤدي الى اغلاقها فهو المنفي وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في
قلبه انه له ليحصل له نوع علم او غلبة ظن لان الشهادة بلا علم لا تجوز لما رويناه ولهذا قيل لو رأى درة
ثمينة في يد كناس او كتابا في يد جاهل وليس في آبائه من هو اهل لذلك لا يسعه ان يشهد له قالوا يحتمل ان يكون
هذا تفسير الاطلاق محمد رحمه الله بقوله وسعك ان تشهد انه له وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف
وبه قال الخصاف لان اليد متنوعة الى ملك ووديعة وعارية واجارة ورهن فلا يميز الا بالتصرف قلنا
التصرف ايضا متنوع الى وكالة واصالة وشرط السغناقي التصرف مع اليد وان يقع في قلبه انه له لان
الاصل في الشهادة الاحاطة واليقين لما بينا وجوابه ان العلم القطعي متعذر فيشترط فيه غاية ما
يمكن وهو اليد لان الملك لا يعرف بالدليل حقيقة وان رآه يشتريه لاحتمال ان البائع لا يملكه فيكفي بظاهر
اليد تيسيرا اذ الاصل ان تكون الاملاك في يد ملاكها وكينونتها في يد غيره عارض فرجحنا بالاصل ولهذا
يقضي له القاضي باليد فصار كذلك ثم المسألة على اربعة اقسام **احدها** ان يعاين المالك والملك بان عرف
المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازع ثم رآه في يد غيره
بعد جاز له ان يشهد للاول بالملك اذا ادعاه بناء على يده **والثاني** ان يعاين الملك دون المالك بان عاين
ملكا بحدوده ينسب الى فلان بن فلان وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى
ان المحدود ملكه على شخص حل له ان يشهد استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما
بالتسامع والملك بالمعاينة ولو لم يسمع مثل هذا لضاع حقوق الناس لان فيهم المحجوب ومن لا يبرز اصلا ولا
يتصور ان يراه متصرفا فيه وليس هذا اثبات الملك بالتسامع وانما هو اثبات النسب بالتسامع وفي ضمنه
اثبات الملك به وهو لا يمتنع وانما يمتنع اثباته قصدا **والثالث** ان لا يعاين الملك ولا المالك ولكن
سمع من الناس انهم قالوا لفلان بن فلان ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم
يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد له بالملك **والرابع** ان يعاين المالك دون الملك بان عرف الرجل
معرفة تامة وسمع ان له في قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد لانه لم يحصل
له العلم بالمحدود وهو شرط للشهادة على ما بينا **وقوله** سوى الرقيق اشارة الى انه لا يجوز له ان يشهد في
الرقيق اذا رآه في يده لان للرقيق يدا على نفسه حتى اذا ادعى انه حر الاصل كان القول قوله فلا يثبت لغيره
عليه يد على الحقيقة حتى يعتبر لاطلاق الشهادة بالملك ولا يمكن ان يعتبر فيه التصرف وهو الاستخدام

لاطلاق الشهادة لان الجارية ايضا تستخدم طاعة للغير فلا يصلح دليلا على الملك وفي الكافي عن ابي يوسف
ومحمد انه يجوز له ان يشهد في الرقيق ايضا وفي الهداية جعل ذلك عن ابي حنيفة ووجهه ان اليد دليل
الملك مطلقا الا ترى انه من ادعى رقيقا في يد غيره ورد اليد عنه لنفسه كان القول للذي اليد له لان
الظاهر شاهد له بالملك وهو في يده عليه هذا اذا كان الرقيق ممن يعبر عن نفسه ولم يعرف بالرق
وان كان لا يعبر عن نفسه او كان معروفا بالرق جاز له الشهادة بالملك اذا رآه في يده لان الرقيق اذا
الصغير الذي لا يعبر عن نفسه يكون في يد غيره اذ لا يد له على نفسه فصار كسائر الاموال قال
وان فسر للقاضي انه يشهد له بالتسامع او بمعاينة اليد لا يقبل اي فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع في
موضع يجوز بالتسامع او فسر انه يشهد له بالملك برؤيته في يده في موضع يجوز له الشهادة برؤيته
في يده لان التسامع او الرؤية في اليد يجوز للشهادة بالملك والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة
اذا كانت عن عيان ومشاهدة او اطلاق لاحتمال المشاهدة فيحمل عليه اما اذا كانت عن تسامع او رؤية
في يد فلا يفيد علما فلا يجوز له ان يحكم بها الا ترى انه لا يجوز له ان يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا
برؤيته بنفسه في يد انسان فاولى لا يجوز بسماع غيره او برؤية غيره وهذا لان القضاء يجب بما يجب به
الشهادة وفيما لا يجب لا يجب فهذا معنى لا يجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به الا انا استحسنا في
المواضع التي تقدم ذكرها للضرورة التي ذكرناها وبقي القضاء على اصل القياس قال وان شهد
انه حضر دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبل لانه لم يشهد الا بما علم
فوجب قبولها لدخوله تحت قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال تعالى وما شهدنا الا بما
علمنا والله اعلم بالصواب

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر تقبل فيما يجري فيه التسامع وهو رواية عن ابي حنيفة
لانه يساوي البصير في السماع اذ لا خلل في سمعه وقال ابو يوسف والشافعي يجوز اذا كان بصيرا وقت
التحمل لحصول المقصود بالمعاينة وهو العلم والاداء يختص بالقول ولسانه صحيح فصح والتعريف يحصل
بالنسبة كما في الشهادة على الميت وفيما نحن فيه ذلك لا خلل في حفظه ولم يفت في حقه الا الاشارة
وذكر الاسم يقوم مقامها عند تعذرها كما في الشهادة على الميت وقال مالك تقبل شهادته مطلقا
كالبصير ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بين الخصمين ولا يفرق بينهما الا بالنغمة فيخشى عليه الغلط
من الخصم اذ النغمة تشبه النغمة وربما يشاركه غيره في الاسم والنسب فكان فيه شبهة ويمكن الشبهة
يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص
بخلاف وطي امرأته حيث يجوز له مع تمكن الشبهة لانه لا يمكن التحرز عنه وفيه ضرورة ايضا لانه
يحتاج الى قضاء الشهوة وبقاء النسل ولانه يقبل فيه خبر الواحد ويعتمد على خبر المرأة ولهذا اذا عمي
بعد الاداء قبل الحكم لا يقضى لان قيام الاهلية شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة فصار كما اذا خرس او جن او فسق
او ارتد والعياذ بالله تعالى بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية تنتهي بالموت وبالغيبة باقية
على حالها قال والمملوك والصبي لان الشهادة من باب الولاية لما فيه من الزام الغير وليس معنى
الولاية سوى هذا والاصل ولاية المرء على نفسه ولا ولاية لهما على انفسهما فاولى ان لا يكون لهما الولاية

على الغير قال الا ان يتحملا في الرق والصغر وادّيا بعد الحرية والبلوغ لانهما اهل للتحمل لان التحمل
بالمشاهدة والسماع ويبقى ذلك وقت الاداء بالضبط وهما لا ينافيان ذلك وعند الاداء هما اهل للشهادة
قال والمحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون
وقال الشافعي تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا والاستثناء اذا تعقب جملة بعضها
معطوفة على بعض ينصرف الى الكل كقول القائل امرأته طالق وعبده حر وعليه حجة الا ان يدخل الدار فهو
منصرف الى جميع ما تقدم ولان هذا افتراء على عبد من عباد الله تعالى والافتراء على الله تعالى وهو كفر لا يوجب
رد الشهادة على التائب بل اذا اسلم تقبل شهادته فهذا اولى ولانه لو تاب قبل اقامة الحد عليه [illegible]
لرد الشهادة لانه فعل لغيره وهو مظهر ايضا فلا يصلح مناطا لرد الشهادة فتعين الرد لفسقه ولنا
ما تلونا ووجهه ان الله تعالى رد شهادته على التأبيد فمن قال هو موقت الى وجود التوبة يكون رادا
لما اقتضاه النص فيكون مردودا والقياس على الكفر وغيره من الجرائم لا يجوز لان القياس المخالف للنص
لا يصح ولان رد الشهادة معطوف على الجملة المتقدمة فكذا ابدا فصار من تمام الحد اذ العطف
للاشتراك وتغايرهما بالامر والنهي لا يمنع من ذلك كقولهم اجلس ولا تتكلم فان الكل جزاء جريمته ولا نسلم
ان الجملة معطوفة على ما قبلها لان ما قبلها حدود وكلها امر للائمة به وقوله واولئك هم الفاسقون
ليس بحد وانما هو اخبار عن وصف قائم بالذات فلا يصلح حدا لان الحد يقع بفعل الائمة لا بوصف قائم
بالذات فلا ينصرف الاستثناء الى الجميع ولو انصرف لبطل الحد ولم يقل به احد فتبين بهذا ان الواو في
قوله تعالى واولئك هم الفاسقون واو نظم لا واو عطف فيكون منقطعا عن الاول فينصرف الاستثناء
الى ما يليه ضرورة كقوله تعالى والراسخون في العلم الا ترى انه لا يصلح جزاء لجريمته والجلد ورد الشهادة
يصلح زجرا لان كل واحد منهما مولم زاجر عن ارتكاب هذه الجريمة فصار رد الشهادة قطعا للآلة
الجانية معنى وهي اللسان كقطع اليد حقيقة في السرقة فصار الرد من تمام الحد والحد لا يرتفع بالتوبة
فاذا لم تكن الواو للعطف لا ينصرف الاستثناء الى الجميع بخلاف ما ذكر من المثال لان الواو فيه للعطف الا
ترى انها جمل انشائية متوقف كلها على اخرها حتى اذا وجد المغير في الاخير تغير الكل والقياس على
الكفر وغيره ممتنع لفقد شرطه وهو ان لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به وهنا نص على التأبيد فكيف
يمكن القياس عليه ولا يجوز ان يكون رد شهادته لفسقه لان الفسق ثابت بالنص في خبر الفاسق وهو التوقف
بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا لا الرد ولانه لو كان الرد لاجل فسقه للزم عطف العلة
على حكمها وهو لا يجوز فتبين بهذا ان رد الشهادة لاجل انه حد لا للفسق ولهذا لو اقام اربعة على
بعد ما حد على انه زنا تقبل شهادته بعد التوبة في الصحيح لانه بعد اقامة البينة لا يحد فلهذا لا ترد شهادته
قال رحمه الله الا ان يحد الكافر في قذف ثم اسلم فانه تقبل شهادته بعد الاسلام لان هذه
شهادة استفادها بعد الحد بالاسلام فلم يلحقها رد لان التي ردت غيرها الا ترى ان المردودة لا
تقبل على المسلم وهذه تقبل فرد الاولى لا يرد الثانية بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق حيث لم تقبل
شهادته لانه لم يكن له شهادة على الاحرار وقت الجلد فلم يتم الرد الا بعد الاعتاق في حقه فلا يتصور
قبولها من غير اقامة البينة على القذف وفاته زنى على ما مر وهذا لان الرد من تتمة الحد في الكافر

ثم في حال الكفر وفي العبد لم يتم الا بعد الحرية ولو ضرب الذمي في حد القذف سوطا ثم اسلم ثم ضرب الباقي
بعد الاسلام تقبل شهادته لان رد الشهادة من تمام الحد والموجود بعد الاسلام ليس بحد بل هو
بعضه فلا يترتب عليه رد الشهادة وعن ابي حنيفة انه اذا ضرب السوط الاخير بعد الاسلام لا تقبل شهادته
لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات اجزاء تعلق الحكم بالجزء الاخير لما عرف في موضعه وعنه انه اذا ضرب
الاكثر بعد الاسلام لا تقبل شهادته وان كان دون ذلك تقبل لان للاكثر حكم الكل وفي المبسوط لا
تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد لان اقامة الحد مسقطة للشهادة والحد لا يتجزى
فما دونه لا يكون حدا بل يكون تعزيرا وهو لا يسقط الشهادة وروي عنه انها تسقط اذا اقيم عليه الاكثر
وروي عنه انه اذا ضرب سوطا سقطت شهادته وهي نظير مسئلة اسلام الذمي في حالة الحد على ما بينا
قال والولد لابويه وجديه وعكسه وواحد الزوجين للاخر والسيد لعبده ومكاتبه لقوله عليه
السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد
لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين هؤلاء متصلة ولهذا لا يجوز اداء بعضهم الزكاة
الى بعض فتكون شهادة لنفسه من وجه فلا تقبل ولا فرق بين ان يكون على العبد دين او لم يكن لان له حقا
في ماله بعد ما كان والمراد بالاجير الحرث المليان الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه
نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت واصل القنوع السؤال والمراد
من يكون مع القوم كالخادم والاجير والتابع لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم وهو من القنوع
لا من القناعة وقيل المراد به الاجير مشاهرة لانه اجير خاص فيستوجب الاجر على منافعه فاذا
شهد له في مدة الاجارة يكون كانه شهد له باجرة ما لك خالفنا في قرابة الولاد هو يعتبرها
بالشهادة عليهم والشافعي خالفنا في الزوجين يقول لا قرابة بينهما والزوجية قد تكون سببا
للتنافر والعداوة وقد تكون سببا للملك والايثار فصار نظير الاخوة ولهذا يجري القصاص بينهما والحبس
بالدين ولا معتبر بالمنفعة الثابتة ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا من
الحديث وما بينا من المعنى وهو ان المنافع بينهما متصلة ولهذا يعد احدهما غنيا بغنا صاحبه
وقد هو المراد بقوله تعالى ووجدك عائلا فاغنى اي بمال خديجة فاذا كان هذا في الزوجين في الولاد
اولى وروي ان الحسن بن علي رضي الله عنهما شهد لعلي مع قنبر عند شريح بدرع له فقال شريح لعلي
ائت بشاهد اخر مكان الحسن او مكان قنبر فقال لا بل مكان الحسن فقال اما سمعت رسول الله صلى الله
عليه وسلم يقول الحسن والحسين هما سيدا شباب اهل الجنة قال سمعت الراءات بشاهد اخر القصة
الى اخرها وفيها انه استحسنه وزاده في الرزقة ومثل هذا لا يقدح في العدالة لانه انما لا يجوز لكونه
شهادة لنفسه من وجه وشهادة المرء لنفسه غير مقبول قال والشريك لشريكه فيما هو

فقال مه

من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما فيه وهذا لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض
وشهادة المرء لنفسه غير مقبول فاذا بطل في نصيبه بطل في نصيب شريكه ايضا لانها شهادة واحدة
فلا تتجزى ولو شهد له بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال في النهاية هذا في حق الشريكين
شركة عنان ظاهر واما شهادة احد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا في الحدود والقصاص

وكالنكاح لان ما عداها مشترك بينهما وهذا سهو فانه لا يدخل في الشركة الا الدراهم والدنانير ولا بد
فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب لاحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة
لان المساواة فيه ليس بشرط قال والمخنث اي لا تقبل شهادته وهو الذي في كلامه لين وتكسر ومراده
اذا كان يتعمد ذلك تشبها بالنساء وفي عرف الناس هو الذي يباشر الردي من الافعال وتلين كلامه عمدا
كل ذلك معصية ولا تقبل شهادته لقوله عليه السلام لعن الله المؤنثين من الرجال والمذكرات من النساء
واما اذا كان في كلامه لين وفي اعضائه تكسر خلقة ولم يشتهر بشي من الافعال الرديه فهو عدل مقبول
الشهادة قال والمغنية لانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين المغنية والنائحة اطلقه في
حق المراة ولم يقيده بكونها تغني للناس وقيده به في حق الرجل لان رفع الصوت حرام في حقها بخلاف
الرجل على ما نبين قالوا المراد بالنائحة هي التي تنوح في مصيبة غيرها لانها ترتكب المحظورات لاجل
الطمع في المال وتجعله مكسبة اما التي تنوح في مصيبتها فلا تسقط عدالتها قال والعدو ان
كانت عداوته دنيوية لان المعاداة لاجل الدنيا حرام فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه واما اذا كانت
العداوة دينية فتقبل شهادته لانها من الدين فيدل على قوة دينه وعدالته وهذا لان المعاداة قد
تكون واجبة بان راى فيه منكرا شرعا ولم ينته بنهيه والذي يوضح لك هذا المعنى ان المسلمين مجمعون
على قبول شهادة المسلم على الكافر والعداوة الدينية قائمة بينهما فلو كانت مانعة لما قبلت قال
ومدمن الشرب على اللهو اي مداوم شرب الخمر لاجل اللهو لان شربها كبيرة وفي الكافي قال انما شرط
الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك منه لا يخرج من ان يكون عدلا
وان شربها كثيرا وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك منه او يخرج سكران فيلعب به الصبيان
فانه لا مروة لمثله ولا يحترز عن الكذب عادة وقال في النهاية اطلاق الشرب على اللهو في حق المشروب
ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فان الادمان شرط في الخمر ايضا في حق سقوط
العدالة وذكر في فتاوى قاضي خان لا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة ثم ذكر مثل
ما ذكر في الكافي وذكر في النهاية معزيا الى الذخيرة لا يجوز شهادة مدمن الخمر ثم قال شرط الادمان
ولم يرد به الادمان في الشرب وانما اراد به الادمان في النية يعني يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك
اذا وجده ولا تجوز شهادة مدمن السكر واراد به السكر من سائر الاشربة سوى الخمر لان المحرم في
سائر الاشربة السكر فشرط الادمان على السكر والمحرم في الخمر نفس الشرب فشرط الادمان على الشرب
وكذلك من جلس مجالس الفجور والشرب لا تقبل شهادته وان لم يشرب لانه تشبه بهم ولم يحترز ان

وَيقال مه

يظهر عليه ما يظهر عليهم فلا يحترز عن شهادة الزور قال ومن يلعب بالطيور لانه من اللهو وقيل
بالطيور وهو ايضا مثله ويورث الغفلة ايضا وقد قال عليه السلام ما انا من دد ولا الدد مني
ولان الغالب فيه ان يصعد الى السطوح ليطير طيره فينظر الى عورات النساء وهو فسق ولو كان
يقتني الحمام في بيته ليستانس به لا ليطير ولا بانيه ولا تسقط عدالته بمثله لان امساك الحمام
في البيوت مباح الا ترى ان الناس يتخذون بروجا للحمامات من غير نكير الا اذا كانت تجر حمامات اخر
مملوكة لغيره فتفرخ في وكرها فياكل ويبيع منه لانه مال الغير ولا يحل له ذلك وتسقط عدالته

بذلك قال او يغني للناس لانه يجمع الناس على لهو ولعب ولا يخلو عادة عن ارتكاب كبيرة بالمجازفة
والكذب وقيد بقوله يغني للناس اي يسمعهم لانه لو كان لاسماع نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه من
غير ان يسمع غيره لا باس به ولا يسقط عدالته في الصحيح لما روي ان البراء بن مالك دخل عليه اخوه انس بن
مالك وهو يغني والبراء بن مالك كان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم وان انشد شعرا فيه وعظ وحكمة
فهو جائز بالاتفاق وان كان فيه ذكر امراة معينة فان كانت ميتة او كان فيه ذكر امراة غير معينة فلا
باس به وان كانت معينة وهي حية حرة ومن المشايخ من اجاز التغني في العرس الا ترى انه لا باس بضرب
الدف فيه اعلانا للنكاح وقد قال عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف ومن مشايخنا من قال اذا
كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي ويصير به فصيح اللسان لا باس به ومن المشايخ من كرهه مطلقا
ومن الناس من اباحه مطلقا وعزيمتنا الصحيح من الاقاويل رحمه الله تعالى وكرمه قال او يرتكب ما
يوجب الحد لانه من الكبائر ومن يرتكبها لا يبالي بالكذب وكل من يرتكب الكبائر ترد شهادته واختلفوا
في الكبيرة قال اهل الحجاز واهل الحديث هي السبع المذكورة في الحديث المشهود وهي الاشراك
بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر
وزاد بعضهم عليها اكل الربا واكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما ثبت حرمته بدليل مقطوع به
فهي كبيرة وقال بعضهم ما فيه حد او قتل فهو كبيرة وقيل كلما اصر عليه المرء فهو كبيرة وما استغفر
عنه فهو صغيرة لقوله عليه السلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وقال
بعضهم كل ما كان عمدا فهو كبيرة والاوجه ما ذكره المتكلمون ان الكبيرة والصغيرة اسمان اضافيان لا
يعرفان بذاتيهما وانما يعرفان بالاضافة فكل ذنب اذا نسبته الى ما دونه فهو كبيرة واذا نسبته
الى ما فوقه فهو صغيرة وقال بعضهم كل معصية اوعد عليها في القران او في الحديث المشهور يمنع قبول
الشهادة لان شاهد الزور موعود عليه ممن يرتكب مثله من الذنوب يرتكبه فيصح دليلا على ارتكابه الكذب
لان من ارتكب شيئا من المحرمات ارتكب نظيره عادة وقيل اذا ارتكب ما يكون شنيعا عادة فليس
بعدل وقيل ما كان حراما لعينه فكبيرة والا فصغيرة وقيل ما سمي في الشرع فاحشة فكبيرة
او يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام وقال عليه لعن الله الناظر والمنظور ورأى ابو حنيفة
رجلا في الحمام بغير ازار فقال الا ايها الانسان خافوا الهلم ولا تدخلوا الحمام من غير مئزر
وذكر الكرخي ان من مشى في الطريق بالسراويل وحده ليس عليه غيره لا تقبل شهادته لانه تارك للمروءة قال
او ياكل الربا لانه من الكبائر وشرط في الاصل ان يكون مشهورا به وذلك بالادمان لانه لا يمكن التحرز
عن العقود الفاسدة وهو ربا بخلاف اكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه الادمان لانا نتحرز عنه ممكن
ولانه لم يدخل في ملكه وفي الربا يدخل فيشترط فيه الادمان قال او يقامر بالنرد والشطرنج
او تفوته الصلاة بسببهما لان كل ذلك فسق وكذا اذا كان يكثر عليه الحلف كاذبا لان ذلك من الكبائر
وقالوا في النرد ترد شهادته بمجرد اللعب فيه من غير اشتراط القمار ولا غيره ولان نفس اللعب
فيه فسق وقال عليه السلام ملعون من لعب بالنرد ومن يكون ملعونا كيف يكون عدلا بخلاف الشطرنج لان
للاجتهاد فيه مساغ فلا ترد شهادته ما لم ينضم اليه احد المعاني الثلاثة التي ذكرناها انفا قال

او يبول او ياكل على الطريق او يظهر سب السلف يعني الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون والعلماء كابي حنيفة
واصحابه لان هذه الاشياء تدل على قصور عقله وقلة مروءته ومن لم يمتنع عن مثلها لا يمتنع عن الكذب عادة
بخلاف ما اذا كان يخفي السب وهذا لا تقبل شهادة من ياكل في السوق بين ايدي الناس لما ذكرنا وقال بعض
المشايخ لا تقبل شهادة اهل الحرف لكثرة الايمان الفاجرة منهم والاكثر على انها تقبل شهادة من عرف
منهم بالعدالة ولا تقبل من يكثر شتم اهله ولا من يشتم الناس قال وتقبل لاخيه وعمه وابويه رضاعا وام
امراته وبنتها وزوج بنته وامراة ابيه وابنه لان الاملاك بينهم متميزة والايدي متحيزة ولا بسوطة لبعضهم
في مال البعض فلا تتحقق التهمة بخلاف شهادته لقرابته ولادا او احد الزوجين للاخر على ما بينا قال
واهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي لا تقبل شهادة اهل الاهواء لانهم فسقة اذ الفسق من حيث الاعتقاد
اغلظ من الفسق من حيث التعاطي ولا شهادة للفاسق ولنا ان الفاسق انما ترد شهادته لتهمة الكذب
والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك بل ما اوقعه فيه الا تدينه الا ترى ان منهم من يكفر بالذنب ومنهم من
يجعل منزلته بين الايمان والكفر فلو كان هو اقوى اجتنابا عن الكذب حذارا عن الخروج من الدين ولانه مسلم
عدل لا يتعاطى الكذب فوجب قبول شهادته قياسا على صاحب الهوى وهواه عن زنا ولو تدين فلا تبطل عدالته
به كمن يستبيح المثلث او متروك التسمية واستدل محمد رحمه الله على قبول شهادته فقال اراءيت ان اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم ساعدوا معاوية على مخالفة علي رضي الله عنه ولو شهدوا اتبعوه على احد ان يرد
شهادتهم ومخالفة علي بعد عثمان بدعة وهوى ولهذا الخروج عليه بالسيف ولكن لما كان عن تاويل وتدين
لم يمنع قبول شهادته وشرط في الذخيرة لقبول شهادته ان يكون هوى لا يكفر به صاحبه وفي النهاية ان
اصول اهل الاهواء ستة الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد يصير اثني عشر
فرقة والخطابية قوم من الروافض ينسبون الى ابي الخطاب محمد بن وهب الاجدع يستجيزون ان يشهدوا
للمدعي اذا حلف عندهم انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فباعتقادهم هذا تمكنت شبهة في شهادتهم
فلعله اقدم على الشهادة بهذا الطريق وقيل انهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره يجب ان يشهد
له بقية شيعته وذكر الاقطع انهم قوم ينسبون الى ابي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى
وصلبه بالكناس لانه كان يزعم ان علي بن ابي طالب الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر قال
والذمي على مثله وقال الشافعي ومالك لا تقبل شهادة الذمي على ذمي مثله ولا على الحربي لانهم
فسقة بين الله تعالى فسقهم في ايات من القران وهو اغلظ من الفسق تعاطيا فكان اولى برد شهادتهم
ولان الله تعالى قال ممن ترضون من الشهداء والكافر غير مرضي ولان شهادة الرقيق ترد لما ان الرق
اثر الكفر فكيف تقبل شهادة من به حقيقة الكفر ولان قبول شهادته يؤدي الى الزام الحاكم القضاء بشهادته
ولا يجوز ان يلزم المسلم بشهادة الكافر ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم بالاجماع حتى لا يلزمه شيء
مضرر به بشهادة الكافر ولانهم لا يجتنبون الكذب فان الله تعالى اخبر عنهم انهم يبدلون الايات عنادا مع
علمهم بانه حق قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم ظلما وعلوا فكانوا بذلك كذابين والكذاب
لا تقبل شهادته فلم يكن اهلا لها كالمرتد ولانه ليس باهل للشهادة على المسلم وكذا على الكافر كالعبد لان من
كان اهلا لها لا يختلف بين شخص وشخص وقال ابن ابي ليلى ان اختلفت مللهم لم تقبل شهادة بعضهم على البعض

وان اختلفت لا تقبل لقوله عليه السلام لا شهادة لاهل ملة على اهل ملة اخرى الا المسلمون فان شهادتهم
مقبولة على اهل الملل كلهم **ولنا** ما روي انه عليه السلام رجم يهوديين بشهادة يهود عليهما بالزنا وعن
ابي موسى الاشعري وجابر بن عبد الله انه عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعليه
اجماع السلف وقوله تعالى او آخران من غيركم اي من غير اهل دينكم وهو مبني على قوله تعالى يا ايها الذين
امنوا فهذا نص على ان شهادة الكافر مقبولة في وصية المسلم وفي وصية الكافر اولى ثم انتساخه في حق
المسلم لاجل ان ولايتهم على المسلمين انتسخت لا يدل على انتساخه في حق الكافر لبقاء ولاية بعضهم على بعض لقوله
تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض والمراد به الولاية دون الموالاة لانه معطوف على قوله ما لكم
من ولايتهم من شيء فاذا ثبتت ولاية بعضهم على بعض ثبتت الشهادة ايضا لانها نوع ولاية ولانه لما فهم من الزام
الغير فدل ذلك على ان الآية غير منسوخة في حقهم وكيف يقال ذلك وقد عمل بها بعض الصحابة في حق
المسلمين ايضا فان ابا موسى الاشعري رضي الله عنه امضى شهادة الكافرين في وصية المسلم فيما رواه ابو داود
والدارقطني وقالت عائشة رضي الله عنها لجبير بن نفير هل تقرا سورة المائدة قال نعم قالت فانها آخر
سورة انزلت فما وجدتم فيها من حلال فاحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه رواه احمد فهذا يدل على
انها ليست بمنسوخة في حق المسلم ايضا والفسق من حيث الاعتقاد لا يمنع القبول لانه يمتنع عن محظور
دينه اشد الامتناع والكذب محظور في الاديان كلها والذمي ثبت في حق الكافر في حق المعاملات بصفة
الامانة لان الله تعالى وصفهم بذلك فقال ومن اهل الكتاب من ان تامنه بقنطار يؤده اليك فخرجت
الآية مخرج الوصف لهم بالامانة والامانة مرضية وان لم يكن الكافر مرضيا لكفره ولما كان الكافر
مؤتمنا في المعاملات كان مؤتمنا في الشهادة لانها من اداء الامانة والفرق بينه وبين العبد ان العبد ليس من
اهل الولاية على احد كالصبي والشهادة من باب الولاية والكافر اهل للولاية على جنسه فيكون اهلا
للشهادة ايضا على جنسه والقاضي لم يلزمه القضاء بقول الكافر وانما لزمه بالعلة عند قيام الحجة
والقضاء امانة عنده يجب عليه اداؤه كما يلزمه النظر للغيب والصغار منهم ومن المسلمين من غير ان
ينظر باي سبب وجب لهم الحق وامتناعهم عن الكذب مشاهد والعناد والجحود الذي حكى الله تعالى
عنهم في حق من كان في ذلك الزمان مع علمهم لا يوجب ان يكون من في عصرنا منهم ان يكون عالما بالحق بل
الظاهر انه يعتقد الكفر حقا لجهله به ولو علم لاسلم وقد كان في ذلك الزمان ايضا من لا يعلم الا ترى الى
قوله ومنهم اميون لا يعلمون الكتاب الا اماني وقال تعالى وان فريقا منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون وقولهم
من كان اهلا للشهادة لا يختلف بين شخص وشخص قلنا انما اختلفت شهادته بين المسلم والكافر لما ذكرنا
ومثل هذا غير منكر شرعا الا ترى ان شهادة المسلم على عدوه لا تقبل وعلى غيره تقبل وكذا شهادته لقرابته
والاولاد لا تقبل ولغيرهم تقبل فلا يبعد رد الشهادة بالنسبة الى شخص للتهمة فكذا هنا والمرتد لا
ولاية له على احد فلا تقبل شهادته على احد كالعبد والصبي وملل الكفر كلها ملة واحدة فتقبل شهادة
بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم لان بعضهم لا يقهر بعضا فلا يؤدي الى التقول عليه **قال**
والحربي على مثله لا على الذمي لانه لا ولاية له على الذمي وللذمي ولاية على الحربي والذمي اعلى حالا منه
لانه من اهل دارنا فجازت شهادته عليه ولا تجوز شهادة الحربي على الذمي والحربي مثل الحربي فيجوز

تجوز شهادة احدهما على الآخر الا اذا كانا من دارين مختلفين كالافرنج والحبش لانقطاع الولاية بينهما
ولهذا لا يتوارثان والدار تختلف باختلاف المنعة والملك لانقطاع العصمة بينهما واستباحة كل واحد منهما
دم الآخر وماله **قال** ومن ارتكب صغيرة ان اجتنب الكبائر اي تقبل شهادة من عصى معصية صغيرة
بشرط ان يجتنب الكبائر واللمم الصغيرة واللمم اذا اذنب ما دون الفواحش وتقبل شهادته اذا اجتنب
الكبائر كلها وكانت حسناته اغلب من سيئاته وقد مضى ذكر الكبائر والصغائر ومعنى الكلام في العدالة
والاصل ان العدالة شرط لقبول الشهادة وهي الاستقامة يقال طريق عدل للجادة والاستقامة
بالاسلام واعتدال العقل ويعارضه هوى يضله ويصده عن الاستقامة وليس لكمال الاستقامة
حد يدرك مداه ويكتفى لقبول الشهادة بادناه كيلا يؤدي الى تضييع الحقوق وادناه رجحان جهة الدين
والعقل على الهوى والشهوة واختلفوا في ذلك فقيل من ارتكب كبيرة او اصر على صغيرة سقطت عدالته
وصار متهما بالكذب لرجحان جهة الهوى على العقل واحسن ما قيل فيه ما نقل عن ابي يوسف ان العدل
في الشهادة ان يكون مجتنبا عن الكبائر ولا يكون مصرا على الصغائر ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه
اكثر من خطائه لان الصغيرة تكون كبيرة بالاصرار عليها ولا يوثق بكلام من كثر منه الخطا والفساد فلم يوجد ما
يدل على الاجتناب عن الكذب والالمام من غير اصرار لا يقدح في العدالة اذ لا يوجد من البشر من هو معصوم
سوى الانبياء عليهم السلام فيؤدي اشتراط العصمة الى سد باب الشهادة وهو مفتوح بقوله تعالى وكذلك
جعلناكم امة وسطا لتكونوا شهداء على الناس اي عدولا وقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا
محدودا في قذف **قال** والاقلف لاطلاق النصوص من غير تقييد بالختان ولانه لا يخل بالعدالة لانه
اذا تركه لعذر به من كبر او خوف هلاك وان تركه من غير عذر استخفافا بالدين لا تقبل شهادته لانه لم
يبق عدلا مع الاستخفاف بالدين وعن ابن عباس انه لا تقبل شهادته وهو محمول على ما اذا تركه استخفافا
بالسنة ولم يقدر ابو حنيفة للختان وقتا معلوما لانه لم يرد فيه كتاب ولا سنة ولم ينقل فيه اجماع السلف
رضي الله عنهم وطريق معرفة المقادير السماع وليس للراي فيه مدخل وقدره المتاخرون واختلفوا
في وقته فقال بعضهم وقته من سبع سنين الى عشر سنين وقال بعضهم اليوم السابع من ولادته او بعد
السابع بعد ان يكون الصبي محتملا ولا يهلك به لما روي ان الحسن والحسين رضي الله عنهما ختنا في اليوم
السابع او بعد السابع ولكنه شاذ وهو سنة للرجال عندنا دون النساء وقال بعض العلماء انه فرض **ولنا**
قوله عليه السلام الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة **قال** الحلواني كان النساء يختتن في زمن اصحاب
النبي صلى الله عليه وسلم وانما كان ذلك مكرمة لانها تكون الذ لها عند المواقعة **قال** والخصي
وولد الزنا والخنثى لتحقق العدالة منهم لان قطع العضو او زيادته او جناية ابويه لا يوجب قدحا في العدالة
وقبل عمر رضي الله عنه شهادة علقمة الخصي والخنثى اما رجل او امراة فشهادة الجنسين مقبولة ثم هو
ان لم يكن مشكلا فلا اشكال فيه وان كان مشكلا يجعل امراة في حق الشهادة احتياطا حتى لا يجوز ان يشهد
مع رجل ما لم ينضم اليه امراة ولا مع النساء الا رجل معهن **قال** والعمال والمراد به عمال السلاطين
الذين ياخذون الحقوق الواجبة كالخراج والجزية والصدقات عند عامة المشايخ وقيل هم الامراء
وقيل الذين يعملون بايديهم ويؤجرون انفسهم وانما كانوا تقبل شهادتهم لان نفس العمل ليس بفسق وبعض

اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بل لقرآوهم كانوا اعمالا لان العمل عبادة وله الاجر على ذلك الا اذا
كانوا اعوانا على الظلم وقيل اذا كان العامل وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته
كما مر عن ابي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لمهابته لا يتجاسر احد على استئجاره على الشهادة الكاذبة
ولوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة وروي ان فضيل بن ربيع وزير الخليفة شهد عند ابي يوسف
في حادثة فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ايها القاضي ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور
فلم رددت شهادته قال لاني سمعته يوما يقول للخليفة انا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان
كان كاذبا فكذلك ايضا لانه اذا كان لا يبالي بالكذب في مجلسك فلا يبالي بالكذب في مجلسي ايضا فعذره
الخليفة فيه وفي الكافي هذا كان في زمانهم لان الغالب عليهم الصلاح وفي زماننا لا تقبل شهادة العمال لغلبة
الظلم وذكر في النهاية معزيا الى الجامع الصغير للبزدوي ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط
والعدل كان ماجورا وان كان اصله مرجحه باطلا ثم قال فعلى هذا ينبغي ان تقبل شهادة من قام
بالتوزيع ولو كان مجازفا وان كان المراد بالعمال اهل الحرف فقد ذكرناهم فيما تقدم وبائع الاكفان
قالوا لا تقبل شهادته لانه يتمنى كثرة الموت بالطاعون وغيره وفي النهاية شهادة النخاس لا تقبل فالظاهر
انه اراد به من يحتال بالواجبات كالزكاة ونفقة الزوجات والاقارب **قال** والمعتق للمعتق اي تقبل شهادة
المعتق للذي اعتقه وكذا بالعكس لعدم التهمة وقد بينا ان قنبرا او الحسن شهدا لعلي عند شريح فقبل شهادة
قنبر وكان عتيق علي رضي الله عنهم اجمعين **قال** ولو شهدا ان اباهما اوصى اليه والوصي يدعي جاز وان انكر لا
كما لو شهدا ان اباهما وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل او انكر يعني اذا مات رجل وترك ابنين فادعيا ان
اباهما اوصى الى رجل والرجل يدعي الوصية جازت شهادتهما وان انكر الرجل الوصية لا تقبل شهادتهما كما
لا تجوز شهادتهما ان اباهما الغائب قد وكل هذا الرجل بقبض ديونه سواء ادعى الرجل الوكالة او انكر والقياس
ان لا تجوز الوصية ايضا وان ادعى وكذا اذا شهد الموصى لهما او الغريمان لهما عليه دين او عليهما له
دين انه اوصى الى هذا الرجل تجوز هذه الشهادة استحسانا والقياس ان لا تجوز لانها تجر منفعة الى
الشاهد باقامة من يحفظ ماله او من يستوفي منه او من تبرأ ذمته بالتسليم اليه او من يعينه بالقيام
على الوصية والشهادة التي تجر منفعة لا تقبل فصار نظير مسئلة الوكالة **وجه** الاستحسان ان
للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان الوصي طالبا وكان الموت معروفا فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة
التعيين وذلك انه لشهادتهما اذ لولا شهادتهما كان يتأمل فيمن يعين وفي من يصلح فيعين من يثبت صلاحيته
نظرا للميت وان لم يوص لانه نصب ناظرا فلم يثبت بهذه الشهادة شيء لم يكن له فعله ونظيرها القرعة
فانها ليست بموجبة شيئا لم يكن له لولا القرعة ومع هذا جاز استعمالها تطييبا للقلوب ونفيا للتهمة عن
القاضي ولا يقال اذا كان للميت وصيان لا يحتاج القاضي الى وصي ثالث فكيف يصح ما قلتم لانا نقول اذا
اقر الوصيان ان معهما ثالثا كان له ان يضم اليهما ثالثا لعجزهما عن القيام بامور الميت باقرارهما الا ان
معهما ثالثا بخلاف ما اذا كان الوصي جاحدا لان القاضي لا يملك اجبار احد على قبول الوصية وبخلاف ما
اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه حينئذ لا يملك القاضي نصب الوصي الا بعد البينة فتصير الشهادة موجبة
على القاضي فيبطل لمعنى التهمة وهو جر المنفعة الى الشاهد على ما مر وبخلاف مسئلة الوكالة وهي ما اذا

اقام

اقام شخصان البينة ان اباهما الغائب وكل فلانا بقبض ديونه حيث لا تقبل وان اقر الوكيل بذلك لان
القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت لثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لاجل التهمة فبطلت
وفي الكافي في الغريمين للميت عليهما دين تقبل شهادتهما وان لم يكن الموت ظاهرا لانهما يقران على انفسهما
بثبوت ولاية القبض للمشهود له فانتفت التهمة وبعد موت رب الدين باقرارهما في حقهما وقيل معنى القبول
ان يامر القاضي اياهما باداء ما عليهما اليه الا انه يبرا عن الدين بهذا الاداء الا ان يستوفى الدين منهما حتى
عليهما فيقبل في حقه والبراءة حقهما فلا تقبل في حقهما **قال** رحمه الله ولا يسمع القاضي الشهادة على
جرح مجرد من غير ان يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع او من حقوق العباد لان الفسق المجرد مما لا يدخل تحت الحكم لان
الفاسق يرفع فسقه بالتوبة ولعله قد تاب في مجلسه او قبله فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر واشاعة
الفاحشة من غير ضرورة وهو حرام وللضرورة جاز على ما نبين ولا يقال فيه ضرورة وهو منع الظالم عن
الظلم فينبغي ان يجوز لقوله عليه السلام انصر اخاك ظالما او مظلوما لانا نقول لا ضرورة الى دفع الشهادة
لتمكنه من الاخبار للقاضي سرا حتى يرد شهادتهما فامكن الامتناع عن الظلم بذلك اما اذا كان الجرح غير مجرد
بان كان فيه اثبات حق الله تعالى كقولهما زنوا او شربوا الخمر او سرقوا او كان فيه اثبات حق العبد كقولهما اخذوا
المال او قتلوا النفس عمدا فتقبل شهادتهما ضرورة احياء الحقوق وان كان فيه هتك لان مقصودهما ايجاب حق
الله تعالى وهو الحد او ايجاب حق العبد وهو ضمان يدخل تحت الحكم وفي ضمنه يثبت الجرح وكذا اذا قال
صالحت الشهود على كذا من المال على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا علي به واقام بينة وطلب
استرداد المال تقبل بينته وكذا اذا قال اعطاهم المدعي من مالي الذي كان عنده حتى يشهدوا له بالزور وطلب
استرداده تقبل لان دعواه صحيحة لما فيه من ايجاب رد المال على الشهود وهو مما يدخل تحت الحكم حتى لو قال
صالحتهم على كذا من المال على ان لا يشهدوا علي ولم ادفع اليهم المال او قال استاجرهم المدعي بكذا من المال على ان
يشهدوا له لا تقبل لان الدعوى غير صحيحة اذ المدعي مجرد جرح لانه لم يدع قبله حقا يمكن القضاء به ودعوى
الاستئجار وان كانت صحيحة لكنه يدعيها لغيره وليس له ولاية الزام غيره فبان جرحا مجردا ولو اقام البينة
على اقرار المدعي ان الشهود فسقة تقبل بينته لانه اقرار بانه لا حق له في المعنى وكذا اذا اقام البينة على اقراره
انه استاجر الشهود او على اقرار الشهود انهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق وكذا اذا اقام البينة ان الشهود
عبيد او محدودون في قذف لان في العبيد اثبات الحق عليهم وهو الرق وفي غيره للشرع فيه اشاعة الفاحشة
من غيرهم وانما حكوا اظهار فاحشة من غيرهم وذكر في الكافي انه لو اقام البينة على اقرار الشهود انهم شهدوا
بالزور او على اقرارهم انهم اجراء في اداء الشهادة او على اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او على اقرارهم
انهم لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة لم تقبل الشهادة **وفيه** انه اذا اقام البينة ان الشهود
زناة او شربة خمر لا تقبل ولو اقام البينة انهم زنوا ووصفوا الزنا او شربوا الخمر او سرقوا مني كذا ولم
يتقادم العهد تقبل شهادتهم مع كونه غير متقادم لانه لو كان متقادما لا تقبل لعدم اثبات الحق به لان
الشهادة بحد متقادم مردودة وما ذكره الخصاف من قوله ان الشهادة على الجرح المجرد مقبولة تاويله
اذا اقاموها على اقرار المدعي بذلك او على التزكية وعلى ما ذكره في الكافي وغيره من ان الشهود لو شهدوا ان
الشهود زناة او شربة خمر لم تقبل وان شهدوا انهم زنوا او شربوا الخمر او سرقوا تقبل يحمل الاول على انه اذا

ان مقادمًا والا فلا فرق بين قولهم زناه او زنوا الى اخره **قال** ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت
اي اخطات بنسيان زيادة كانت باطلة او بنسيان بعض ما كان يجب علي ذكره لان الشاهد قد يبتلى بالغلط لمهابة
مجلس القاضي فوضح العذر فتقبل شهادته اذا تداركه في اوانه وهو عدل وان قال ذلك بعدما قام عن المجلس
لا تقبل شهادته لجواز انه غره احد الخصمين بالرشوة ثم قيل يقضي بجميع ما شهد به اولا حتى لو شهد بالف
ثم قال غلطت في خمسمائة يقضي بالف لان المشهود به اولا صار حقا للمدعي ووجب على القاضي القضاء به فلا
يبطل برجوعه وقيل يقضي بما بقي لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضا كحدوثه عند الشهادة والبه مال
شمس الائمة السرخسي رحمه الله بهذا اذا كان موضع شبهة كما بينا اما اذا لم يكن موضع شبهة فلا باس باعادة
الكلام مثل ان يدع لفظ الشهادة او اسم المدعي او المدعى عليه او ترك الاشارة الى احد الخصمين وما
يجري مجراه وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا مامونا وعن ابي حنيفة وابي يوسف ان قوله تقبل في
غير المجلس ايضا والاول هو الظاهر وذكر في النهاية ان الشاهد اذا قال اوهمت في الزيادة او في النقصان
تقبل قوله اذا كان عدلا ولا تفاوت بين ان يكون قبل القضا او بعده رواه الحسن عن ابي حنيفة وبشر
عن ابي يوسف وعلى هذا لو وقع الغلط في ذكر بعض حدود العقار او في بعض النسب ثم تذكر ذلك تقبل لانه قد
يبتلى به في مجلس القضا فتذكره ذلك للقاضي دليل على صدقه واحتياطه في الامور

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة ان وافقت الدعوى قبلت والا فلا لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط لقبول الشهادة
لان القاضي انما نصب لفصل الخصومات بين الخصوم وفصله يفتقر الى سبق احد الشيئين بعد الدعوى اما
الشهادة او اليمين وقد وجد تقدم الدعوى فيما اذا وافقت الشهادة الدعوى فامكن الفصل بالشهادة
ولم يوجد فيما اذا خالفتها فلم يمكن القضا بها وهذا لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى فاذا خالفتها
فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لا تعتبر وجودها فانعدم الشرط وهو تقدم الدعوى فلا تعتبر بها
بخلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى فيها ليس بشرط لان اقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل احد فكان
كل احد خصما في اثباته فصار كان الدعوى موجودة ولانه تعالى لما امرنا باقامتها كان طالبا لها فلم
يبق الا اقامتها وفي حقوق العباد لا بد من طلبها بالدعوى اذ لا يعرف القاضي حقوقهم ولا يجبرهم على استيفائها
قال ادعى دارا ارثا او شرا فشهدا بملك مطلق لغت اي لا تقبل بينته لانهما شهدا باكثر مما ادعاه
المدعي لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فان الملك في المطلق يثبت من الاصل
حتى يستحق المدعي بزوائده ولا كذلك في الملك الحادث ويرجع الباعة بعضهم على بعض فيه فصار اغيرين
والتوفيق متعذر لان الحادث لا يتصور ان يصير قديما ولا القديم حادثا فلا تقبل الشهادة **قال**
وبعكسه لا اي بعكس ما مضى وهو ما اذا ادعى ملكا مطلقا فشهدا بملك بسبب معين لا يجوز لقوله لا
تقبل الشهادة لانهم شهدوا باقل مما ادعى وذلك لا يمنع قبولها الشهادة **قال** ويعتبر اتفاق الشاهدين
لفظا ومعنى لان القضا لا يجوز الا بحجة وهي شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة
مطلقا والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى وهذا عند ابي حنيفة وقالا الاتفاق في المعنى هو المعتبر
لا غير والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن حتى لو ادعى

رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم واخر بدرهمين واخر بثلثة واخر باربعة واخر بخمسة لم تقبل عند
ابي حنيفة لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضي باربعة وكذا ان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل
عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة
والطلقتان او الثلث لهما انهما اتفقا على الاقل وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اتفقا عليه لوجود
الحجة دون ما تفرد به احدهما لعدمها وذلك ليس باختلاف الا ترى ان المدعي لو ادعى الاكثر وشهد بالاقل
تقبل ولو كان اختلافا لما قبلت لان من شرط القبول ان توافق البينة الدعوى فصار كما اذا شهد احدهما
بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الالف وخمسمائة بخلاف ما ادعى لاما حجته لا يثبت شي لان
المدعي كذب من يشهد بالزيادة وشهادة الفرد لا تثبت الحق ولابي حنيفة ان اختلاف اللفظ يدل على اختلاف
المعنى لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الالف غير لفظ الالفين ولهذا لا يراد باحدهما الاخر فلم يثبت
واحد من اللفظين لانه لم يشهد على كل واحد منهما الا واحد ولا يقال ان الالف موجود في الالفين لانا نقول
نعم موجود فيه اذا ثبت الالفان ثبت الالف ضمنا فاذا لم يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن الا ترى انه لو شهد احدهما
انه قال لامراته انت خلية وشهد الاخر انه قال برية لا يثبت شي وان اتفق اللفظان في المعنى لعدم ثبوت
واحد منهما فعلم بذلك ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول بخلاف الدعوى والبينة حتى لا
يشترط اتفاقهما في اللفظ الا ترى ان المدعي لو ادعى الغصب او القتل فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك تقبل
ولو شهد احدهما بالغصب او القتل والاخر بالاقرار به لا تقبل وبخلاف الالف وخمسمائة لان الشاهدين
اتفقا على الالف لفظا ومعنى وتفرد احدهما بالزيادة على سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فثبت
ما اتفقا عليه ونظيره الطلقة والطلقة ونصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة وخمسة عشر
حيث لا تقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما حرف العطف ولو لم يدع المدعي الاكثر فشهادة من شهد
بالاكثر باطلة لانه كذبه المدعي بالزيادة الا ان يوفق فيقول اصل حقي كان كما قال الا اني استوفيت الزائد
او ابراته عنه فحينئذ تقبل في الاقل لظهور التوفيق وفي النهاية ان كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى
تقبل شهادته وذلك نحو ان يشهد احدهما على الهبة والاخر على العطية وهذا لان اللفظ ليس بمقصود في
الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة في ذلك
لا تضر المخالفة فيما سواها هكذا ذكره ولم يحك فيه خلافا وكذا اذا شهد احدهما بالنكاح والاخر بالتزوج
تقبل شهادتهما ذكره في المحيط ولم يحك فيه خلافا **قال** فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم
تقبل وهذا عند ابي حنيفة وعندهما تقبل بناء على ان المعتبر الاتفاق في اللفظ والمعنى عنده وعندهما في المعنى لا غير
وقد بينا الوجه من الجانبين والذي يبطل مذهبهما ان الشاهدين لو شهدا بتطليقة وشهد اخران بثلث
تطليقات وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق على شاهدي الثلث دون
شاهدي الواحدة ولو كان كما قالا لا كان الواحدة توجد في الثلث لكان الضمان عليهم جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها
طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة حيث يقع واحدة لان ذلك لكون الثلث صار في يدها فلها ان توقعها
او بعضها ولا يلزم ما اذا طلقها الزوج الفا حيث يقع الثلث لانه يتصرف عن ملكه فله ان يوقع اي عدد
شاء الا انه لا ينفذ الا بقدر المحل **قال** وان شهد الاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي ذلك قبلت

على الالف يعني فيما اذا شهد احدهما بالف وشهد الاخر بالف وخمسمائة تقبل شهادتهما بالف اذا كان
المدعي يدعي الالف وخمسمائة لاتفاقهما بالالف وتفرد احدهما بخمسمائة بخلاف ما اذا كان يدعي الالف
فقط حيث لا تقبل شهادتهما لان المدعي كذب من شهد بالزيادة على ما بينا من قبل وهذا كله فيما اذا ادعى
دينا واما اذا ادعى العقد فلا تقبل الشهادة على ما بيناه من بعد قال ولو شهدا بالف وقال احدهما
قضاه منها خمسمائة قبل بالف ولم يسمع انه قضاه لان شهادتهما اتفقا على وجوب الالف
وتقبل وانفرد احدهما بقضاء النصف فلا تقبل لعدم كمال النصاب ولا يكون بقوله قضاه خمسمائة مناقضا
لشهادته بالف لان قضاء الدين طريقه المقاصة معناه ان الدائن يجب عليه ما قبض فلا ينافي شهادته فلا يكون
كاذبا ولا يقال ان المدعي كذب شاهده بالقضاء فينبغي ان لا تقبل كما اذا شهد بالف وخمسمائة والمدعي يدعي
الفا لانا نقول لم يكذبه فيما شهد له وانما كذبه فيما شهد عليه وذلك لا يقدح كما اذا شهد له اثنان بحق ثم
شهدا عليه بحق لانسان اخر فان شهادتهما لا تبطل وان كذبهما فيها بخلاف ما استشهد به لان التكذيب
فيما شهد له فيكون قادحا وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة فقط لان مضمون شهادة شاهد القضاء ان لا
دين الا خمسمائة في المعنى وهو المعتبر عنده على ما مر وينبغي ان يكون قول محمد كذلك لان مذهبه في اعتبار
المعنى كمذهب ابي يوسف لكنه خالفه لانه لم يشهد بخمسمائة ابتداء بل اتفق الشاهدان على وجوب الالف عليه
للمدعي ثم انفرد الاخر بالقضاء فلا يسمع قال وينبغي ان لا يشهد حتى يقر المدعي بما قبض يعني يجب عليه ان لا يشهد
بالالف اذا علم انه قضاه منها خمسمائة حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كي لا يصير معينا على الظلم قال
ولو شهدا بقرض الف وشهد احدهما انه قضاه جازت الشهادة على القرض لتمام الحجة في القرض وعدمها
في القضاء وذكر الطحاوي عن بعض اصحابنا انه لا يقضي بها القاضي وهو قول زفر لان في زعم احد الشاهدين
انه لا شيء له عليه من المال ولو قضا لكان قضاء بشهادة الواحد وهو غير جائز ولان المدعي كذب شاهد
القضاء والاشبه ان يكون هذا قول ابي يوسف على ما ذكرنا في المسئلة اذ لا فرق بين المسئلتين الا من حيث
ان الشاهد شهد بقضاء كل الدين في هذه وفي الاولى بقضاء البعض والجواب ما ذكرنا في الاولى واذا
اختلف الشاهدان في الزمان او المكان في البيع والشراء او الطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن
والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل واذا اختلفا في الجناية والغصب والقتل
والنكاح لا تقبل والاصل ان المشهود به ان كان قولا كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين فيه في المكان او الزمان
لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد ويكرر وان كان المشهود به فعلا كالغصب او قولا لكن الفعل فيه
شرط صحته كالنكاح فانه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما في الزمان او المكان يمنع القبول
لان الفعل في زمان ومكان غير الفعل في زمان او مكان اخر فاختلف المشهود به ثم قال ابو يوسف ومحمد
اذا اختلف شاهدا القذف في زمانه او مكانه لا يقبل وان كان قولا لان كل واحد منهما ان كان انشاء
فهما غيران وليس على كل قذف شاهدان وان كان احدهما انشاء والاخر اخبارا فهما لا يتفقان لان
الانشاء ان يقول زنيت او انت زان والاخبار ان يقول قذفتك بالزنا وابو حنيفة رحمه الله يقول
يحتمل ان يكون احدهما سمع الانشاء والاخر سمع الاقرار به وحينئذ يعيد فيه فيما شاهداه به قال
ولو شهدا انه قتل زيدا يوم الجمعة بمكة واخران انه قتله بمصر ردتا يعني الطائفتين كل واحد منهما

نصاب الشهادة اجتمعا عند الحاكم وشهدا على نحو ما ذكره ترد الطائفتان لان احداهما كاذبة بيقين
وليست احداهما باولى بالقبول من الاخرى وهذا لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يتكرر لان الاول
حركات انقرضت لكونه عرضا لا يبقى زمانين والثاني حركات اخر غير الاول يحدثه الله في ذلك المحل ولا يمكن
ان يجعل الثاني اخبارا عن الاول حتى يصير تكرارا للاول واعادة له لان الاخبار عن الفعل بالفعل لا يتصور
فكانا غيرين حقيقة وحكما بخلاف القول لان القول يحكى بالقول فيكون الثاني عين الاول حكما وكذا اذا اختلفا
في الزمان او الالة التي وقع بها القتل لا تقبل لما بينا قال رحمه الله فان قضي باحداهما اولا بطلت
الاخرى يعني لو قضى القاضي بوجوب القصاص بشهادة الطائفة الاولى ثم شهدت الاخرى لا تقبل لان
الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية وهذا لانه لما حكم بانه قتل بمكة صار ذلك الحكم بانه
لم يقتل في غيرها اذ قتل شخص واحد في مكانين لا يتصور فصار نظير ما لو كان مع رجل ثوبان احدهما نجس فتحرى
وصلى في احدهما ثم وقع تحريه على طهارة الاخر لا يجوز له الصلاة فيه لان الاول اتصل به حكم الشرع فلا ينقض
بوقوع التحري في الاخر قال ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع بخلاف الذكورة والانوثة
والغصب يعني لو شهد شاهدان على سرقة بقرة واختلفا في لون البقرة بان قال احدهما سرق بقرة بيضاء وقال
بقرة سوداء تقبل شهادتهما ويقطع بخلاف ما اذا قال احدهما سرق ذكرا وقال الاخر انثى او اختلفا
في لون البقرة في الغصب حيث لا تقبل شهادتهما فيهما وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا تقبل شهادتهما
في السرقة ايضا لان البقرة البيضاء غير السوداء فكانا سرقتين مختلفتين ولم يتم على كل واحد نصاب الشهادة
فلم تثبت وصار كاختلافهما في الذكورة والانوثة وكاختلافهما في اللون في الغصب بل اولى لان الثابت بالغصب
ضمان لا يسقط بالشبهات والثابت بالسرقة حد يسقط بها فصار نظير اختلافهما في قيمتها وله انهما اختلفا
فيما لم يكلفا نقله لان القطع لا يضاف الى اثبات الوصف فصار كاختلافهما في ثياب السارق الا يرى انهما لو
سكتا عن بيان اللون جازت شهادتهما بخلاف بيان القيمة لان ذلك من نفس الشهادة حتى يعلم انها بلغت نصابا
ولان التوفيق ممكن لان السرقة تكون في الليالي غالبا ويكون التحمل فيها من بعيد فيشتبه عليهما اللونان ويجتمعان
في بقرة واحدة بان كان احد جانبيها ابيض والجانب الاخر اسود فيشهد كل بما راى او بما وقع عنده بخلاف
وصفي الذكورة والانوثة لانهما لا يجتمعان في بقرة واحدة وكذا الوقوف على تلك الصفة يكون بالقرب
فلا يشتبه فيكونان سرقتين مختلفتين فلم يتم في كل واحد منهما نصاب الشهادة وبخلاف الغصب لان التحمل فيه
بالنهار لان الغصب يقع بالنهار وهو يقرب منه غالبا فلا يشتبه عليه الحال فيكون الشهادة عن تحقق
وتامل لتمكنه من ذلك فلا يشتبه عليه فان قيل في التوفيق احتيال لايجاب الحد وهو يحتال لدرئه لا
لايجابه قلنا القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقله على ما بينا وما يوجب الدرء يكون في
نفس الموجب لا في غيره فان قيل على هذا يكون البقرة المسروقة بلقاء والمشهود بسرقتها اما بيضاء او سوداء ولم
يشهد واحد منهما انها بلقاء فلا يكون غيرها ضرورة قلنا نعم ولكن حق من يعرف اللونين انما في حق من لا يعرف
الا احدهما فهي عنده على ذلك اللون فسماها بيضاء او سوداء بناء على ما شاهد من مواضعها وهذا الخلاف فيما
اذا كان المدعي يدعي بقرة مطلقا من غير تقييد بوصف واما اذا ادعى بقرة سوداء او بيضاء لا تقبل شهادتهما
بالاجماع لان المدعي كذب احدهما وهذا في لونين متشابهين كالسواد والحمرة واما في لونين غير متشابهين

كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة والاصح ان هذا على الخلاف ذكره في المبسوط وعلى هذا الخلاف ما اذا
اختلفا في ثوب بان قال احدهما هروي وقال الاخر مروي واذا اختلفا في الزمان او المكان لم تقبل الشهادة وقد
بيناه من قبل قال ومن شهد له رجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد اخر بالف وخمسمائة بطلت الشهادة لان
المقصود اثبات السبب وهو العقد فالبيع بالالف غير البيع بالالف وخمسمائة فاختلف المشهود به لاختلاف
الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين
ان يكون المدعي يدعي الاقل او الاكثر لما بينا من ان المقصود اثبات السبب على معنى انه الاصل والحكم يثبت تبعا لثبوته
وان كان الحكم هو المقصود حقيقة في حق الانتفاع والسبب وسيلة اليه لان مقصوده هو الحكم لا السبب
معين وذكر علاء الدين السمرقندي رحمه الله ان الشهادة تقبل لانه لا يمتنع لان الشراء الواحد قد يكون بالف
ثم يصير بالف وخمسمائة بان يشتريه بالف ثم يزيده عليه خمسمائة فقد اتفقا على شرى واحد ولو اختلفا في
الجنس بان شهد احدهما انه اشتراه بالف درهم وشهد الاخر انه اشتراه بمائة دينار بطلت لعدم امكان التوفيق
لان الشراء الواحد لا يتصور ان يكون بالف درهم ثم يصير بمائة دينار قال وكذا الكتابة والخلع اي
اذا اختلفا في مقدار البدل فيهما لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا ان المقصود اثبات السبب وهذا اذا كان
المدعي هو العبد فظاهر لانه يدعي السبب ليحصل له مقصوده وهو العتق بالاداء فصار نظير الشراء وان كان
المدعي هو المولى فكذلك لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وهذا لان البدل في ابتداء
العقد مقابل بفك الحجر ثم يتحول عند اداء المال فيصير مقابلا بالعتق فقبل الاداء بمنزلة الاجارة فكان مقصوده
اثبات العقد وقيل ان كان المدعي هو المولى لا يفيد دعواه لان العقد غير لازم في حق العبد لتمكنه من الفسخ
بالتعجيز والمراد بالخلع اذا كانت المراة هي المدعية للخلع لان مقصودها اثبات السبب دون المال فلا تثبت
مع اختلافهما فيه فصار نظير البيع بخلاف دعوى الدين لان المقصود فيه المال دون السبب فيثبت قدر ما
اتفقا عليه دون ما ينفرد به احدهما وان كان المدعي هو الزوج يقع الطلاق باقراره فيكون بمنزلة دعوى الدين
فيثبت اقلهما وهو الذي اتفقا عليه لتمام نصاب الشهادة فيه وكذا الصلح عن دم العمد والعتق على مال فان
كان المدعي هو العبد او القاتل لا تقبل شهادتهما لان مقصود العبد والقاتل العقد دون المال فلا يثبت لما ذكرنا
من الاختلاف فيه وان كان المدعي هو المولى والولي يثبت العفو والعتق باقرارهما فيكون دعوى الدين فيقبل منهما
فيما اتفقا عليه على نحو ما ذكرنا في الخلع وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن فهو كدعوى الدين يثبت اقلهما لما ذكرنا
وان كان المدعي هو المرتهن فلا تقبل الشهادة لانه ليس له ان يلزمه الرهن لان الرهن غير لازم في حق المرتهن وله
ان يفسخه اي وقت شاء فلا فائدة في اقامة البينة ولانه حق عليه والانسان لا يقيم البينة على حق عليه وانما
يقيمها على حق له وصورة دعوى الرهن ان يدعي انه رهنه الفا وخمسمائة وادعى انه قبضه ثم اخذه الراهن فطلب
الاسترداد منه فاقام بينة فشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة يثبت اقلهما وفي الاجارة ان كان
قبل استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فهي نظير البيع فلا تقبل شهادتهما لما ذكرنا في البيع وان كان بعد مضي
المدة فهي كالدين يثبت ما اتفقا عليه ان كان المدعي يدعي الاكثر وان كان يدعي الاقل لا تقبل شهادة من يشهد
بالاكثر لانه كذبه المدعي وكذا في جميع الصور كما بينا في الدين قال فاما النكاح فيصح بالف يعني
باقل المالين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله سواء كانت الدعوى من الزوج او من المراة وسواء ادعى الاقل او الاكثر

وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تبطل الشهادة ولا يقضى بشيء لان المقصود من الجانبين اثبات السبب ولهذا
بالف غير النكاح بالف وخمسمائة فتبطل الشهادة كما في البيع سواء كان الزوج هو المدعي او المراة هي المدعية
لا متنازع ثبوت النكاح باقرارهما بخلاف العتق على مال والخلع والعفو عن دم العمد حيث يكون دعوى الدين
اذا كان المدعي هو الزوج والمولى والولي لانه باقرارهم تسقط القصاص ويقع الطلاق والعتق فبقي دعوى المال
المجرد عن السبب ولابي حنيفة ان التسمية في النكاح كما تصح عند العقد تصح بعده فانه لو تزوجها ولم يسم لها
مهرا ثم سمى لها مهرا صحت التسمية ولصحة التسمية لا يحتاج الى انشاء العقد وانما يحتاج فيه الى قيامه
وقيامه تارة يكون حالة الابتداء وتارة يكون حالة البقاء فلم يلزم من اختلاف التسميتين اختلاف العقد لان
التسمية وجدت في حالة البقاء ولا يتصور وجود العقد في حالة البقاء والبينة على التسمية في حال تستحيل
العقد لا يكون بينة على العقد بل على التسمية المجردة فكان اثبات الشهادة تمام المال حال بقاء النكاح فيثبت
ما اتفقا عليه كالدين في حاصل القضية ان شهادتهما لم تتم الا على المال حال بقاء النكاح فيثبت بقاء التسمية
وبقاء النكاح لا غير ولان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ومن حكم التبع ان لا يغير
الاصل ولهذا لا يبطل بنفيه ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف باختلافه فبقي العقد سالما عن الاختلاف
فلزم وما وقع فيه من الاختلاف وهو المال يقضى بالاقل منهما كما في الدين وقيل الخلاف فيما اذا كانت
المراة هي المدعية فجعل ابو حنيفة مقصودها المال فيخرجه على ما بينا وجعلا مقصودها العقد لما
بينا لهما واما اذا كان المدعي هو الزوج فمقصوده العقد لا المال فلا تقبل بينته بالاجماع لان العقد
بالالف غير العقد بالف وخمسمائة على ما بينا والاول هو الاصح وقد بينا وجهه وهو استحسان ويستوي
فيه دعوى اقل المالين والاكثر منهما في الصحيح لان اتفاقهما في الاصل وهو العقد والاختلاف في التبع لا يوجب
خللا فيه لانه لا بد من وجوب المال فيجب الاقل لاتفاقهما عليه ولا يجوز بدعوى الاقل تكذيبا للشاهد
لجواز ان الاقل هو المسمى ثم صار اكثر بالزيادة قال ومن ملك المورث لم يقض لوارثه بلا جر الا
ان يشهدا بملكه او بيده او بيد مستعيره وقت الموت يعني اذا ادعى شيء انه ملك المورث بان ادعى الوارث عينا
في يد انسان انها ميراث لابيه واقام شاهدين فشهدا ان هذه كانت لابيه لا يقضى له حتى يجرا الميراث
فيقولا مات وتركها ميراثا له او يقولا كانت لابيه يوم موته او كانت في يده او في يد من يقوم مقامه
المستعير وغيره والاصل فيه ان الجر شرط وهو ان يقول الشاهد مات وتركها ميراثا له وكذا اذا اثبت
يده عند الموت كان جرا لانه اثبت ملكه او ان الانتقال الى الوارث يثبت الانتقال ضرورة فيكون اثباتا
للانتقال وكذا اذا اثبت يده عند الموت لان يده كانت يد ملك فهو على ما بيناه وان كانت يد امانة فكذلك
الحكم لان الايدي في الامانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذا مات مجهلا لتركه الحفظ به
والمضمون يملكه الضامن على ما عرف فيكون اثبات اليد في ذلك الوقت اثبات الملك واثبات يد من يقوم مقامه
كالمودع والمستعير والمستاجر والمرتهن والغاصب وغيرهم اثبات ليده فيغني اثبات الملك وقت
الموت عن ذكر الجر فاكتفى به عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله الجر ليس
بشرط بل لو اثبت الوارث ان العين كانت للمورث يكفي لان ملك الميت قد ثبت بقول الشهود كانت له وملك
الوارث خلافة عنه ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا فيما اشتراه المورث فيكون ملك الوارث

ملكا

عن ملك المورث مستمر الى هذا الوقت لا ملك اخر غيره كما في الحي اذا اثبت انها كانت له يحكم له بها ولا
يكلف اقامة البينة على انها له ثابت في هذا الوقت وكما اذا ادعى عينا في يد انسان انه اشتراها من فلان غير
ذي اليد واقام البينة على الشراء منه واخذ من ذي اليد انها ملك البائع واقام المشتري البينة انها كانت له يقضى
بذلك ويقضى له بها ولا يكلف اقامة البينة انها كانت للبائع وقت البيع وهذا لان ما ثبت فهو باق الى ان يوجد
ما يزيله لا يستغني القاضي عنه بل ولهما ان ملك الوارث متجدد يثبت له بعد ان لم يكن ثابتا الا ترى انه يثبت في
حقه احكام لم تكن ثابتة في حق المورث من استبراء الجارية وحل وطئها ولو كانت حراما على المورث او بالعكس وكذا
حل للوارث الغني ما تصدق به على مورثه الفقير ولو لا تجدد الملك لما حل له فاذا كان متجددا فلا بد من اثبات النقل
اليه وذلك بما ذكرنا من الجر باثبات ملك الميت وقت الموت لان بقاءه الى الموت يثبت باستصحاب الحال وهو
حجة لابقاء ما كان على ما كان لا لاثبات ما لم يكن وحاجتنا الى ان ما لاثبات الوارث لم يكن ثابتا قبل موت
المورث فكان متجددا ضرورة فلا يثبت باستصحاب الحال الا ترى ان الشفيع لا يستحق الشفعة بظاهر يده في الدار
المشفوع بها وان كان يدفع دعوى غيره بها لما ذكرنا بخلاف ما اذا اثبت الحي انها كانت له حيث يحكم له بها
لانا اعتبرنا فيه استصحاب الحال لبقاء ما كان على ما كان وهو حجة فيه على ما مر وبخلاف ما اذا اقام البينة انه
اشتراها من فلان حيث لا يكلف اقامة البينة انه كان مالكا لها وقت البيع لان ملك المشتري مضاف الى الشراء
الثابت بالبينة لا الى استصحاب الحال فيبقى ملك البائع لان الشراء سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق بدون
اثبات الملك فيكون ثابتا بالشراء واما في الموت فثبوت الملك للوارث مضاف الى انتقال المال ملك المورث وقت
الموت لا الى الموت لان الموت ليس بسبب موضوع للملك بل موضوع لابطاله فكم من موت ليس فيه ايجاب الملك
لاحد الا ترى ان الوارث لو علق العتق بموت مورثه بان قال ان مات سيدك فانت حر لا يصح ولو كان سبب
الملك لصح كما اذا قال لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر **قال** ولو شهدوا انه بيد حي منذ شهر ردت اي
اذا شهد شاهدان ان هذه العين كانت في يد فلان منذ شهر وهو حي ردت الشهادة وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك فوجب ان تقبل كما اذا شهدوا انها كانت ملكه منذ شهر
وهذا لان الملك متى ثبت يبقى الى ان يوجد ما يزيله فكذا اليد وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي او بالاقرار
منه بالدلالة ولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان
فلا يمكن القضاء بالمجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير متنوع وبخلاف الاخذ لانه معلوم ايضا وحكمه
معلوم وهو وجوب الرد لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وكذا الاقرار باليد معلوم على ما يجيء
ولان يد صاحب اليد معاين ويد المدعي مشهود به فلا يعارض المتحقق لانها لا يوجب العلم والشهادة
توجب غلبة الظن فلا تكون اثباتا **قال** ولو اقر المدعى عليه بذلك او شهد شاهدان انه اقر انه
كان في يد المدعي دفع الى المدعي اي اقر المدعى عليه باليد للمدعي او شهد شاهدان بانه اقر باليد للمدعي
منذ شهر دفع ذلك الى المدعي لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة به وجهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار
الا ترى انه لو قال لفلان علي شيء صح ووجب عليه البيان ولا تصح الشهادة به والله اعلم بالصواب

باب الشهادة على الشهادة

قال رحمه الله تقبل فيما لا يسقط بالشبهة ان شهد رجلان على شهادة شاهدين اي يجوز الشهادة على
الشهادة بشرط ان يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصليين وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز
لان الشهادة عبادة بدنية وجبت على شاهد الاصل وليست بحق للمشهود له بدليل انه لا يجوز الخصومة
فيها والاجبار عليها والنيابة لا تجري في العبادة البدنية ولان فيها زيادة احتمال لان الاحتمال فيها في
موضعين في الاصول وفي الفروع وفيه شبهة من حيث البدلية ولهذا لا يصار الى الفروع الا عند العجز عن
الاصول **وجه** الاستحسان ان الحاجة ماسة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لموت او مرض
او بعد مسافة فلو لم تجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على شهادة الفروع
وعلى شهادة فروع الفروع الى غير نهاية فصار ككتاب القاضي **وقوله** فيما لا يسقط بالشبهة احتراز
عن الحد والقصاص لانهما يسقطان بالشبهة وفيها شبهة على ما ذكرنا فلا تثبت بها كما لا يثبتان بشهادة النساء لما فيها
من شبهة البدلية بل اولى لان في الشهادة على الشهادة حقيقة البدلية ويدخل تحته جميع الحقوق
وذكر الناطفي انها لا تجوز في الوقف والصحيح انها تجوز فيه احياء له وصونا عن اندراسه **وقوله**
ان شهد رجلان على شهادة شاهدين يعني ان يشهد على كل واحد من الشاهدين رجلان لان كل واحد من الشاهدين
قضية من القضايا فلا بد من تمام النصاب على كل واحد منهما لتثبت عند الحاكم ولا يشترط تغاير الفروع حتى
لو شهد احدهما على شهادة رجلين واشهدهما الآخر بعينهما جاز وقال الشافعي لا يجوز حتى يشهد على كل
واحد منهما رجلان غير اللذين اشهدهما صاحبه لان كل شاهدين قاما مقام اصل واحد فلا تتم حجة القضاء
بهما كالمرأتين لما قاما مقام رجل لا تتم الحجة بشهادتهما ولان الفرع لما تحمل الشهادة صار شاهدا وليس للشاهد
ان يشهد على تلك الشهادة على غيره الا ترى ان احد الاصلين لما كان شاهدا لا يجوز له ان يشهد على شهادة صاحبه
شهادته مع رجل آخر وقال مالك يجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد لان الفرع قائم مقام الاصل معبر
عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار
فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة **ولنا** قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين
مطلقا من غير تقييد بان يكون بازاء كل اصل فرعان ولان شهادة كل واحد من الاصلين حق من جملة الحقوق والحق
عند القاضي لا يثبت الا بالحجة التامة ثم انها لا يعلم به القاضي للقضاء فلا بد من النصاب فاذا تم وشهدا على
شهادة احدهما جاز ان يشهدا على الآخر ايضا لان الشاهدين يجوز لهما ان يشهدا على قضيات كثيرة بخلاف
المرأتين لان النصاب لم يتم بهما وشطر العلة لم يثبت به شيء لان المرأتين كرجل واحد وبخلاف ما اذا شهد
احد الاصلين على شهادة صاحبه مع رجل آخر لان شاهد الاصل علم الحادثة بنفسه فلا يستفيد باشهاد صاحبه اياه
شيئا ولان معنى الاصالة يقتضي مشاهدة الحق ومعنى الفرعية يقتضي عدم المشاهدة فتنافيا فلا يجوز
ولان الفرع بدل عن الاصل فلا يتصور ان يكون الشخص الواحد بدلا واصلا في حالة واحدة ولان شاهد الاصل
يثبت نصف الحق والفرعان نصفه ولو جازت شهادته على شهادة صاحبه لاثبت ثلاثة ارباع الحق
ولا نظير له في الشرع ولانه لو كان الفرع بدلا لما جاز ان يشهدا مع احد الاصلين اذ لا يجوز الجمع بين البدل
والمبدل لانا نقول لم يجمع بينهما لان الفرع عندنا ليس ببدل عن الذي شهد معهما بل عن الذي لم يحضره **وقوله**
ان شهد رجلان وقع اتفاقا لانه يجوز ان يشهد على الشهادة رجل وامرأتان لتمام النصاب وكذا لا
يشترط ان يكون المشهود على شهادته رجلا لان للمرأة ايضا ان يشهد على شهادتها رجلان او رجل وامرأتان

ويشترط ان يشهد على شهادة كل امراة نصاب الشهادة لما بينا **قال** ولا تقبل شهادة واحد على
شهادة واحد على شهادة واحد وقد بيناه وبينا الخلاف فيه **قال** والاشهاد ان يقول اشهد على
شهادتي اني اشهد ان فلانا اقر عندي بكذا وهذا صيغة الاشهاد ولا بد منه او مما يقوم مقامه لانه كالنائب عنه
فلا بد من التحميل والتوكيل ولا بد من ان يشهد عنده كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء وتحصل ذلك بما
ذكرنا ويقول له عند التحميل اشهد على نفسي ان شئت وليس بلازم لان من عاين الحق حل له ان يشهد وان لم
يشهده على نفسه ولو قال اشهد اني سمعت فلانا يقر لفلان بكذا فاشهد انت على شهادتي بذلك لا يجوز لحصول
المقصود به ولا يقول على بذلك اشهد لانه لفظ محتمل فانه يحتمل ان يكون للاشهاد على نفس الحق المشهود به
فيكون امرا بالكذب وكذا لا يقول اشهد بشهادتي لانه يحتمل ان يكون امرا بان يشهد بمثل شهادته فيكون
امرا له بان يشهد على اصل الحق وهو كذب **قال** واداء الفرع ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على
شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك وهذه صيغة اداء الفرع عند الحاكم
لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والجملة تحصل بذلك وله لفظ اطول منه
واقصر وخير الامور اوسطها فالاطول منه ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته
انه شهد ان فلانا بن فلان اقر عنده واشهده على نفسه ان لفلان بن فلان عليه الف درهم وقال لي اشهد
على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي لفلان بكذا ففيه ثماني شينات او يقول اشهد ان فلانا
شهد عندي بكذا واشهدني على شهادته بذلك وانا اشهد على شهادته بذلك فيذكر فيه ست شينات
وما ذكره في المتن فيه خمس شينات والاقصر منه ان يقول امرني فلان ان اشهد على شهادته ان لفلان
على فلان كذا وكذا وانا اشهد على شهادته بذلك فيذكر فيه اربع شينات او يقول اشهد على شهادة
فلان بكذا فيذكر فيه شينين لا غير وذكره محمد في السير الكبير وهو اختيار الفقيه ابي الليث وابي جعفر وشمس الائمة
السرخسي رحمهم الله وهو اسهل وايسر واقصر وروي ان ابا جعفر كان يخالفه فيه علماء عصره فاخرج لهم
الرواية من السير فانقادوا له **قال** ولا شهادة الفرع الا بموت اصله او مرضه او سفره لان جوازها
للحاجة عند عجز الاصل والعجز يتحقق بهذه الاشياء والمراد بالمرض ما لا يستطيع الحضور معه الى مجلس
الحكم لان اداء الشهادة فرض فلا يسقط الا بالعجز فاذا سقط جاز له ان يحمل غيره فلا يتوى حقه وبهذا
لان تكليف ما لا يطاق غير جائز وامر القاضي بالحضور الى موضع المريض شنيع ولانه يودي الى الحرج وربما
لا يتفرغ للقعود في مجلس الحكم عند كثرة الامراض والحرج مدفوع والسفر بظاهره الا ترى انه تعلقت
به احكام مرخصة من قصر الصلاة والفطر في الصوم وامتداد مدة المسح وسقوط الجمعة والاضحية
وحرمة خروج المراة من غير محرم او زوج وغير ذلك من الاحكام فكذا هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله
انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يقدر ان يبيت في منزله جاز الاشهاد احياء لحقوق الناس
والاول احسن لان العدد يتحقق بذلك كما في سائر الاحكام والثاني وهو ما روي عن ابي يوسف ارفق
لان احياء الحقوق واجب ما امكن والشاهد ايضا محترم فلا يكلف ما فيه حرج وفي البيتوتة في غير
اهله حرج عظيم فيجوز الاشهاد على شهادته دفعا للحرج عنه واحياء لحقوق الناس واخذ كثير من المشايخ
بهذه الرواية وروي عن محمد رحمه الله انه يجوز كيفما كان حتى روي عنه انه اذا كان الاصل في زاوية

المسجد فشهد الفروع على شهادته في زاوية اخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم وقال في النهاية ذكر
شمس الائمة السرخسي والقاضي الامام علي السغدي في شرح ادب القاضي للخصاف رحمهم الله اذا شهد
الفروع على شهادة الاصول والاصول في المصر يجب ان يجوز على قولهما وعلى قول ابي حنيفة لا يجوز بناء على
ان التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عنده وعندهما يجوز وجه البناء ان المدعى عليه لا يملك انابة غيره
مناب نفسه في الجواب الا بعذر وكذا لا يملك الاصل انابة غيره مناب نفسه في الشهادة الا بعذر والجامع
ان استحقاق الجواب على المدعى عليه كاستحقاق الحضور على الشهود وعندهما لما ملك المدعى عليه انابة غيره
مناب نفسه في الجواب من غير عذر فكذا في الحضور الى مجلس الحاكم **قال** فان عدلهم الفروع صح لان الفروع
من اهل التزكية فصح تعديلهم شهود الاصل وكذا اذا عدل احد الشاهدين صاحبه لما ذكرنا ولا تهمة فيه
لتنفيذ شهادته لان العدل لا يفعل ذلك ولو اتهم بمثله لاتهم في شهادته على نفس الحق وكان ينسد باب
الشهادة وهو مفتوح وكيف يتهم به وشهادته لم ترد بشهادة صاحبه بل تقبل بضم اخر معه وان
اتفق الرد فهي انما ترد لعدم كمال النصاب وذلك لا يضره وقيل لا يقبل تعديل صاحبه للتهمة والاول اصح
لان العدل لا يتهم بمثله **قال** وان لم يعدلوا اي ان لم يعدلهم الفروع عدلوا بسؤال غير الفروع عن
الاصول لان الماخوذ على الفروع النقل دون التعديل ولانه قد يخفى عليهم فاذا نقلوا شهادتهم تعرف
القاضي عدالتهم كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا عنده وهذا قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله
لا تقبل لانهم ينقلون الشهادة ولا شهادة بدون العدالة فحاصله ان القاضي ان كان يعرف الفروع
والاصول بالعدالة قضى بشهادتهم وان عرف احد الفريقين بالعدالة دون الاخر سال عن الذين لم
يعرفهم بها فان عدل الاصول الفروع او بالعكس جاز وقال في النهاية في ظاهر الرواية عن محمد انه لا
تثبت عدالة الاصول بتعديل الفروع والصحيح ظاهر الرواية ولا فرق في ذلك بين ان يقول الفروع انا
لا نعرف حالهم او لا نخبرك بحالهم **قال** وتبطل شهادة الفروع بانكار الاصل الشهادة اي الاشهاد
ومعناه اذا قال شهود الاصل لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا او غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم
تقبل شهادتهم لان التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين خبر الاصول وبين خبر الفروع لان الاصول يحتمل
ان يكونوا صادقين في ذلك فلا يثبت التحميل مع الاحتمال **قال** رحمه الله واذا شهدا على شهادة رجلين
على فلانة بنت فلان الفلانية بالف وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاءا بامراة وقالا لا ندري اهي هذه
ام لا قيل للمدعي هات شاهدين انها فلانة لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي ان
تلك النسبة للحاضرة ويحتمل ان تكون لغيرها فلا بد من اثبات تلك النسبة للحاضرة ونظيره اذا شهدوا
ببيع محدود بذكر حدوده من غير معرفة عينه وشهدوا على الخصم لا بد من اخرين يشهدان ان المحدود بتلك
الحدود في يد المدعى عليه ليصح القضاء به وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة
حدود ما في يده فلا بد من شاهدين اخرين يشهدان ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده **قال**
وكذا كتاب القاضي الى القاضي معناه ان القاضي اذا كتب الى القاضي الاخر ان فلانا وفلانا شهدا عندي
بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية واحضر المدعي امراة عند القاضي المكتوب اليه وانكرت
المراة ان تكون هي المنسوبة بتلك النسبة ولا بد من شاهدين اخرين يشهدان انها هي المنسوبة

ثم في المسألة الأولى لما ذكرنا ولا فرق بينهما إلا من حيث إن القاضي الكاتب لولايته ينفرد بنقل الشهادة
إليه وفي الشهادة على الشهادة لا بد من اثنين على كل أصل لما بينا **قال** ولو قالا في هاتين التميمية لم يجز حتى
ينسباها إلى فخذها أي لو قال الشاهدان في الشهادة على الشهادة أو في كتاب القاضي إلى القاضي فلانة بنت
فلان التميمية لم يجز حتى ينسباها إلى فخذها وهو القبيلة الخاصة لأن التعريف شرط فيه ولا يحصل ذلك بالنسبة
إلى العامة وهي عامة ويحصل بالنسبة إلى الخاصة والنسبة إلى الفخذ خاصة لأن أول النسب الشعب
ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فكان أخص من الكل ذكره في النهاية وعزاه إلى الصحاح
وجعل الزمخشري فيما حكاه صاحب النهاية الفصيلة آخر الكل فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر
والعمارة تجمع البطون والبطن يجمع الأفخاذ والفخذ يجمع الفصائل خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش
عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسمي الشعب شعبا لأن القبائل تتشعب منه والمقصود من النسب
حصول العلم بالمنسوب وذلك يحصل بالنسب إلى الخاص دون العام وبنو تميم عام فلا يحصل العلم بالنسبة
إليه والفرغانية نسبة عامة وكذا السمرقندية والبخارية والمصرية والأوزجندية خاصة وكذا
النسبة إلى السكة الصغيرة خلافا للمحلة الكبيرة ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد
فذكر الفخذ أو الفصيلة على اختلافهما يقوم مقام الجد **قال** ومن أقر أنه شهد زورا يشهر ولا يعزر
أي لا يضرب وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي اتصل بشهادته القضاء
أو لم يتصل لأنه ارتكب كبيرة وفيها ضرر على المسلمين وليس فيها حد مقدر فوجب التعزير لأنه الفساد
وإنما قلنا إنها كبيرة لقوله عليه السلام أيها الناس عدلت شهادة الزور الإشراك بالله ثم تلا قوله تعالى
فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور وسأله رجل عن الكبائر فقال عليه السلام الإشراك بالله
وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وقول الزور فإذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالإجماع وإنما اختلفوا
في كيفية تعزيره فقط لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه
ولأبي حنيفة أن شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب وكان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيا وإلى قومه
إن كان غير سوقي بعد العصر أجمع ما كانوا ويقول إن شريحا يقرئكم السلام ويقول إنا وجدنا هذا شاهد
زور فاحذروه وحذروه الناس وشريح رضي الله عنه وإن كان تابعيا ولكنه زاحم الصحابة في الفتوى
وسوغوا له في الاجتهاد ورجعوا إلى قوله في المناظرة فمن كان بهذه المثابة من أئمة التابعين فحكمه حكم
الصحابة حتى روي عن أبي حنيفة أنه قال أنا أقلدهم وأزاحمهم فقال لمسروق والحسن وعلقمة وشريح ومن كان في
درجتهم من التابعين فيكون في الحقيقة على هذا تقليد الصحابة رضي الله عنهم لتجويزهم فعله وتقريرهم إياه سيما شريح
فإنه كان قاضيا في زمان عمر رضي الله عنه ومن بعده من الخلفاء فيكون فعله مشهورا عنهم بحيث لا يخفى وهو
بمحضر منهم فيكون بمنزلة الإجماع منهم وما روي عن عمر كان سياسة بدليل تبليغه الأربعين وهو حد العبد
في القذف وبدليل تسخيمه وهو مثلة لم تجز بالإجماع ولذا لم يقولوا به لنهيه عليه السلام عن المثلة ولو
في الكلب العقور ولأن الضرب الشديد والتسخيم يمنعان من الرجوع بعد الوقوع فلا يشرعان وذكر
شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضا وقال الإمام الحاكم أبو محمد الكاتب رحمه الله وهذه
المسألة على ثلاثة أوجه أحدها أن يرجع على سبيل التوبة والندامة فإنه لا يعزر بالإجماع والثاني أن يرجع

من غير توبة وهو مصر على ما كان فإنه يعزر بالإجماع والثالث لا يعلم رجوعه بأي سبب فإنه على الاختلاف
الذي ذكرنا **قال** ومن أقر أنه شهد زورا يصرح بأنه إنما أوجب التشهير أو التعزير على الاختلاف الذي
ذكرنا على من أقر على نفسه أنه شهد كاذبا متعمدا وأما إذا قال غلطت أو نسيت أو أخطأت أو ردت شهادته
لتهمة أو لمخالفة بين الشهادة والدعوى أو بين الشهادتين فإنه لا يعزر لأنا لا ندري من هو الكاذب منهم المشهود
له أو الشاهدان أو أحدهما وقد يكذب المدعي لينسب الشاهد إلى الكذب ولا يمكن إثباته بالبينة لأنه من باب
النفي والبينة حجة الإثبات ولا تهمة في إقراره على نفسه فيقبل إقراره ويجب عليه موجبه من الضمان والتعزير
وكذا إذا شهد بقتل شخص أو موته ثم جاء المشهود بقتله أو بموته حيا لتيقنا بكذبهم والرجال والنساء
وأهل الذمة في شاهد الزور سواء وهل تقبل شهادته بعد ذلك إذا تاب قالوا إن كان فاسقا تقبل لأن
الذي حمله على الشهادة الباطلة فسقه فإذا تاب وظهر صلاحه تقبل لزوال الفسق واختلفوا في مقدار
مدة التوبة فقدرها بعضهم بستة أشهر وبعضهم بسنة والصحيح أنه مفوض إلى رأي القاضي وإن كان
عدلا أو مستورا لا تقبل شهادته أبدا لأن عدالته لا تعتمد وروى الفقيه أبو جعفر عن أبي يوسف أن شهادته
تقبل وبه يفتى وتلخص لنا من جميع ما ذكرنا في هذا الكتاب أن الشهادة ترد بسبب التهمة وسببها أنواع إما
معنى في الشاهد وهو الفسق والعمى وإما معنى في المشهود له وهو وصلة خاصة بينه وبين الشاهد كقرابة
الولاد والزوجية وإما الدليل شرعي وهو في حق المحدود في القذف بعد التوبة لأن الله تعالى جعل عجزه عن
الإتيان بأربعة شهداء دليل الكذب بقوله تعالى فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون

باب الرجوع عن الشهادة

اعلم أن الشهادة فرض لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله تعالى ومن يكتمها فإنه آثم قلبه وقال عليه
السلام كاتم الشهادة كشاهد الزور وشهادة الزور من الكبائر على ما بينا وقال عليه السلام الشاهد بالزور
لا يرفع قدميه من مكانهما حتى تلعنه ملائكة السموات والأرض فيجب على كل مسلم الاجتناب عنها وإذا وقعت
منه خطأ أو عمدا يجب عليه أن يتوب والتوبة عنها لا تصح إلا عند الحاكم ولا يمنعه عنها الاستحياء من الناس
وخوف اللائمة لأن الاستحياء من الخالق أولى من الاستحياء من المخلوق وفيه تدارك ما أتلف بالزور لأن
رجوعه مقبول في حق نفسه وإن لم يقبل في حق المدعي ثم ركن الرجوع أن يقول رجعت عما شهدت به أو
شهدت بزور فيما شهدت وشرطه أن يكون في مجلس القاضي وحكمه بعد القضاء التعزير والضمان وقبله
التعزير فقط **قال** ولا يصح الرجوع إلا عند القاضي لأنه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة
من مجلس الحاكم أي حاكم كان كالفسخ في باب البيع حيث يشترط لصحته ما يشترط في البيع من قيام رضى
المتبايعين ولأن الرجوع عن الشهادة توبة عما ارتكب من قول الزور والتوبة بحسب الجناية على ما قال
عليه السلام السر بالسر والعلانية بالعلانية فإذا كانت الجريمة بحضرة الحاكم يجب أن تكون توبتها كذلك
فإذا كان الرجوع عند غيره غير صحيح فلو أقام المقضي عليه شاهدين بأنهما رجعا عند غير القاضي
وطلب يمينهما لا تقبل بينته ولا يحلفان لأنه ادعى رجوعا باطلا بخلاف ما إذا أقرا أنهما رجعا عند غير
القاضي حيث يصح إقرارهما وإن أقرا برجوع باطل لأن إقرارهما به يجعل رجوعا منهما في الحال وبخلاف
ما إذا أقام البينة أنهما رجعا عند قاض آخر غير الذي كان قضى بالحق حيث تقبل هناك بينته لأنه ادعى

رجوعاً صحيحاً **قال** فان رجعا قبل حكمه لم يقض بها لان كلامهما متناقض والقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض
ولا ضمان عليهما لاحد من الخصمين لانهما لم يتلفا شيئا على احد بهذه الشهادة لان الشهادة لم يثبت بها الحق
الا بالقضاء فلم يتلفا على المدعا عليه شيئا ولا على المدعي لان عدم ثبوت حقه لا يضاف الى رجوعهما بل هو باقٍ
على اصل العدم على ما كان غاية الامر ان يقال لولا رجوعهما لقضي بشهادتهما وثبت له الحق لكن
ذلك لا يوجب الضمان كما لو ابيا ان يشهدا ابتداء ولان القاضي انما يقضي بشهادتهما اذا اثبت عدالتهما
عنده وغلب على ظنه انهما صادقان ولا يعرف ذلك الا بعد الحكم لجواز ان يجرحا ولان المدعي على دعواه
فلعله يشهد له غيرهما من العدول فيثبت حقه ولا يتوى ولئن توي فهو مضاف الى عجزه لا اليهما
قال وبعده لم يفسخ اي اذا رجعوا بعد ما حكم الحاكم بشهادتهم لم يفسخ الحكم لان كلامهما متناقض فيما
لا يحكم بالمتناقض لا يفسخ الحكم لانهما مستويان في الدلالة على الصدق وقد ترجح الاول باتصال القضاء به
فصار نظير ما لو شهدا ان زيدا قتله عمرو بالكوفة وشهد اخران انه قتله بمصر فانهما قبل القضاء يردان
وبعده لا ينقض لترجحه باتصال القضاء به ولانه لو نقض الذي ينقض الى ما لا يتناهى برجوعه عن الرجوع
ثم برجوعه عن هذا الرجوع الاخر الى غير نهاية **قال** وضمنا ما اتلفاه للمشهود عليه اذا قبض المدعي
المال دينا كان او عينا لان التسبب على وجه التعدي يوجب الضمان كحفر البئر ووضع الحجر على الطريق وقد
وجد ذلك منهما وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبب مع وجود المباشرة قلنا لا
يمكن ايجاب الضمان على القاضي عند رجوع الشهود وان كان مباشرا لانه ملجأ من جهتهما فان القضاء
واجب عليه بعد ظهور عدالتهما حتى لو امتنع يأثم ويستحق العزل ويعزر ولو اوجبنا عليه الضمان لامتنع
الناس عن تقلد القضاء مخافة الغرامة ولا يمكن استيفاؤه من المدعي لان الحكم قد مضى فتعين صاحب السبب
عند تعذر اضافة الحكم الى صاحب العلة كوضع الحجر على الطريق ومن العجب ان الشافعي يوجب القصاص
على شهود القصاص اذا رجعوا بعد ما قتله الولي وهو يسقط بالشبهة وامر الدم اعظم ثم لا يوجب عليهم المال
وهو يثبت مع الشبهة ويقول ان القاضي ملجأ ولا يقول ذلك في المال وهذا مناقض ظاهر ولا يقال انتم ايضا
مناقضون لانكم اوجبتم على الشاهد المال اذا رجع ولم توجبوا عليه القصاص وكل واحد منهما جزاء الجناية
لانا نقول القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية والتسبب فيه قصور ولهذا لا يعتبر مع
المباشر الا اذا تعذر اعتبار المباشر فكانت فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة دون ضمان المال الا
ترى ان القصاص لا يجب في الخطا والمال يجب والخطا اقوى من التسبب لوجود المباشرة فيه ولهذا
يوجب حرمان الارث بخلاف التسبب فاولى ان يسقط به القصاص **وقوله** اذا قبض المدعي المال دينا كان
او عينا وهذا اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله لان الاتلاف يتحقق بقبض المدعي ماله ولا فرق في ذلك
بين العين والدين وقال شيخ الاسلام ان كان المشهود به دينا فكذلك وان كان عينا يجب على الشهود
الضمان وان لم يقبض المشهود له لان الضمان مقيد بالمماثلة ففي العين يزول ملك المشهود عليه عنها
بالقضاء الا ترى ان المقضي عليه لا يجوز ان يتصرف فيها وجاز للمقضي له ذلك وفي الدين لا يزول ملكه عنه حتى
يقبضه فلو رجع عليه قبله لم يتحقق المماثلة اذ لا مماثلة بين اخذ العين وايجاب الدين وفي العين يتحقق
وكذلك في العقار يضمنه قبل القبض عندهم لان العقار يضمن بالاتلاف بشهادة الزور بخلاف الغصب

بالمناقض صح

عند ابي حنيفة وابي يوسف لعدم تحققه فيه وهذا الاتلاف يتحقق فيه لانه اتلاف بالكلام فصار كالوديعة
فانه لو اودع العقار عند شخص فاقر به المودع لغيره فانه يضمن المودع لتحقق الاتلاف فيه بهذا الطريق
وان لم يتحقق بطريق الغصب وان شهدا عليه بانه ابرأه من الدين او حلله او تصدق عليه به او وهبه اياه ثم رجعا
ضمنا المال المشهود به لان الدين يصير مالا في العاقبة بالقبض فيتحقق الاتلاف بخلاف ما اذا شهدا بالعفو
عن القصاص ثم رجعا حيث لا يضمنان لان القصاص ليس بمال لان المال غير الادمي **قال** فان رجع احدهما
ضمن النصف والعبرة لمن بقي لا لمن رجع وهذا هو الاصل في باب الرجوع عن الشهادة ولولا ذلك لوجب الضمان
مع بقاء من يقوم بكل الحق بان بقي النصاب وفي هذه المسئلة بقي من يقوم بنصف الحق فيجب ضمان النصف ولا يقال
لا يجوز ان يثبت الحكم ببعض العلة فوجب ان لا يبقى به ايضا لانا نقول يجوز ان يبقى الحكم ببعض العلة وان لم يثبت به
ابتداء كالحول المنعقد على النصاب يبقى ببقاء بعض النصاب وان لم ينعقد به ابتداء **قال** فان شهد ثلثة ورجع
واحد لم يضمن لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق لان شهادة شاهدين حجة لثبوت الحق في غير الزنا والكلام فيه وقد
تعين فصار للحق مستحقا بقاؤه والاستحقاق يمنع وجوب الحق كمن اتلف مال انسان ثم استحق المتلف منه
لا يضمن للاول شيئا فكذا هذا **قال** وان رجع اخر ضمنا النصف لانه بقي منهم واحد يبقى ببقائه نصف
الحق ولا يقال ينبغي ان لا يضمن الراجع الاول لان التلف كان مضافا الى الباقين ولهذا لم يضمن شيئا برجوعه لانا
نقول التلف مضاف الى المجموع الا انه عند رجوع الاول لم يظهر اثره لمانع وهو بقاء الشاهدين فلما رجع
اخر ظهر اثره وهذا كما يلزم جميعهم الضمان اذا رجعوا ويسع كل واحد منهم ان يقول لا يلزمني الضمان
لاني لو رجعت وحدي لما وجب علي الضمان برجوع غيري **قال** وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة
ضمنت الربع لبقاء ثلثة الارباع ببقاء رجل وامرأة اذ الرجل وحده بالنصف **قال** وان رجعتا ضمنتا
النصف لانه ببقاء الرجل يبقى نصف الحق وعلى هذا لو شهد رجلان وامرأتان فرجع رجل وامرأة فعليهما الربع
اثلاثا وان رجع رجلان فعليهما النصف وان رجعت امرأتان فلا شيء عليهما وهو ظاهر **قال** وان شهد
رجل وعشر نسوة فرجعت ثمان لم يضمن لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق وهو الرجل والمرأتان **قال**
فان رجعت اخرى ضمن ربعه لانه ببقاء الرجل والمرأة يبقى ثلثة ارباع الحق النصف بالرجل والربع بالمرأة
قال وان رجعوا فالغرم بالاسداس يعني سدسه على الرجل وخمسة اسداسه على النسوة وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد
ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل فعلم بهذا ان الحجة لا تتم بهن ما لم يشهد معهن رجل فكان الثابت
بشهادته نصف الحق وبشهادتهن النصف وهذا لان الرجل متعين في هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة
فلا تتم الحجة الا بوجوده فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء فاذا ثبت نصف الحق بشهادته يضمن ذلك عند
الرجوع والنصف الاخر ثبت بشهادتهن فعليهن ضمانه عند الرجوع ولابي حنيفة ان كل امرأتين يقومان
مقام رجل واحد قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنين منهن شهادة رجل واحد فصار
كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فيكون الضمان عليهم اسداسا وعدم الاعتداد بهن عند
انفرادهن لا يلزم منه عدم الاعتداد بهن عند الاجتماع مع الرجال الا ترى ان كل اثنين منهن في
الميراث يقومان مقام ابن واحد وعند انفرادهن لهن الثلثان فلا يزداد نصيبهن بكثرتهن وان اختلط

لوسع

اذ لم يبق الا من يقوم بنصف الحق
منهما ان النصف اذ ليس احدهما
باولى من الاخر صح

بان يزيد وهو يحتمل فكذا هنا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق بالاتفاق لانه
بقي من يبقى به نصف الحق وهو الرجل وكذلك اذا رجع الرجل وحده عليه نصف الحق لبقاء من يقوم بالنصف
وقال في المحيط ان رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق ولا شيء على النسوة لانهن وان كثرن
يقمن مقام رجل واحد وقد بقي من النساء من تثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل الراجعات كانهن لم يشهدن
وهذا سهو بل يجب ان يكون النصف اخماسا عنده وعندهما انصافا وذكر الاسبيجابي انه لو رجع رجل وامراة
كان النصف عليهما اثلاثا ولو كان كما قال لما وجب على المراة شيء وان شهد رجلان وامراة ثم رجعوا فالضمان
عليهما دون المراة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف الحكم اليه بخلاف ما اذا شهد رجلان
وامراتان ولو شهد رجل وثلث نسوة ثم رجعوا فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وعنده عليه الخمسان
وعليهن ثلثة الاخماس على الاصل الذي تقدم ولو رجع الرجل وامراة فعليه النصف كله عندهما ولا يجب على المراة
شيء وعنده عليه وعلى الراجعة الثلثان على ما تقدم **قال** وان شهد رجلان عليه او عليها بنكاح بقدر مهر مثلها
ورجعا لم يضمنا سواء كانت هي المدعية او هو ومراده بقوله عليه او عليها لان المشهود عليه اتلفا عليه شيئا
بعوض يقابله والاتلاف بعوض ليس باتلاف فان قيل هذا يستقيم في حقها لانهما اتلفا عليها البضع بعوض متقوم
واما في حق الزوج فغير مستقيم لان البضع غير متقوم وقد اتلفا عليه المال المتقوم بمقابلته فوجب ان يضمنا له
مطلقا قلنا البضع متقوم حال دخوله في الملك والكلام فيه **قال** وان زادا عليه ضمناها اي ان زادا
على مهر المثل ضمنا الزيادة هذا اذا كانت هي المدعية للنكاح وهو منكر لانهما اتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا
عوض ولم يذكر الحكم فيما اذا شهدا عليها بالنكاح باقل من مهر المثل وحكمه انهما لا يضمنان لها شيئا لان منافع
البضع غير متقومة عند الاتلاف فلا يضمن بالاتلاف اذ التضمين يستدعي المماثلة وانما يضمن ويتقوم بالتملك
ضرورة ابانة خطر المحل فصار الاصل المشهود به اذا لم يكن مالا كالقصاص او النكاح لا يضمن الشهود عندنا
خلافا للشافعي رحمه الله وان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان عليهم لما ذكرنا وان كان بعوض لا يعادله
لا يضمن بقدر العوض ويضمن الزيادة لخلوها عن العوض وخرج المسائل على هذا ولو شهدا عليها بقبض مهرها
او بعضه فقضى بشهادتهما القاضي ثم رجعا ضمنا لها لانهما اتلفا عليها وهو المهر قليلا كان او كثيرا دون البضع
ولو شهدا عليها انه تزوجها على الف ومهر مثلها خمسمائة وانها قبضت الالف وهي تنكر فقضى بشهادتهما ثم
رجعا ضمنا لها مهر المثل لا المسمى لان حق الاستيفاء لم يثبت لها فيه اذ لم يقض بوجوبه لان القضاء بالنكاح مع قبض
المهر قضاء بازالة ملكها عن المعقود عليه لا قضاء بالمسمى لانه اذا كان مقبوضا لا يحتاج الى القضاء به فلم تقع الشهادة
بالقبض اتلافا للمسمى لعدم وجوبه اصلا بل وقعت اتلافا للبضع فيضمنان قيمته كذا ذكره في الجرير وهو وارد على
ما ذكرنا من قبل من المذهب من حيث انه اوجب على الشهود قيمة البضع مع عدم وجوبه بالقضاء ومقتضى المذهب ان لا
يجب شيء على ما بينا وهو ان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف وانما تتقوم على الزوج عند تملكه اياه ولو
شهدا بالنكاح على الف ولم يشهدا بالقبض حتى قضي به ثم شهدا بالقبض ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا للمراة الفا
لانهما لما شهدا بالنكاح بالف ثبت لها حق الاستيفاء لان الالف قد تقرر عليه بالقضاء بالنكاح ثم بشهادتهما
اتلفا عليها ذلك فيضمنان جميعه ولو ادعى على امراة انه تزوجها على مائة وقالت تزوجني على الف وذلك مهر مثلها
فاقام الزوج شاهدين بما ادعى وقضى له بذلك وقد دخل بها ثم رجعا ضمنا لها تسعمائة في قول ابي حنيفة ومحمد

ولم يضمنا شيئا في قول ابي يوسف وهو بناء على مسألة النكاح في اختلاف الزوجين في المهر فعندهما القول قولها الى مهر
مثلها ولولا شهادتهما لقضي لها عليه بالف فاتلفا عليها من ذلك تسعمائة فيضمنانه وعنده القول قوله فلم يتلفا عليها
شيئا وهذا يبين ان المراد بقوله الا ان يأتي بشيء مستنكر ما لا يصلح ان يكون مهرا في الشرع وهو ما دون عشرة
دراهم وان اتلفا منفعة بان شهدا انه اكرى دابته بمائة واجر مثلها مائتان فركبها ثم رجعا لم يضمنا ان كان المدعي
هو المستاجر والمنكر صاحب الدابة لانهما اتلفا على صاحب الدابة مجرد المنفعة من غير عقد ولا شبهة عقد وذلك
لا يوجب الضمان لما عرف وان كان المدعي صاحب الدابة والاخر ينكر ضمنا له ما زاد على اجر المثل لانهما اتلفا عليه ذلك
القدر بلا عوض وقدر اجر المثل بعوض فلم يضمناه **قال** ولم يضمنا في البيع الا ما نقص يعني اذا شهدا على
البائع بانه باع ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنا له اذا كان البيع بمثل القيمة او اكثر لانهما اتلفا عليه المبيع بعوض
يعدله او يفوقه والاتلاف بعوض ليس باتلاف وان شهدا عليه بانه باع باقل من القيمة ضمنا النقصان لان ذلك
القدر اتلفاه عليه بلا عوض ولا فرق في ذلك بين ان يكون البيع بخيار الشرط للبائع او كان باتا لان السبب هو البيع
السابق فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار بمضي المدة فيكون التلف مضافا اليهما **فان قيل** البيع بشرط
الخيار للبائع لا يزيل ملك البائع عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل
فقد رضي بالبيع فوجب ان لا يضمنا له شيئا **قلنا** السبب الموجب لزوال الملك هو البيع المشهود به وزوال الخيار
حكمه وهو زوال الملك ولهذا يستحق المشتري المبيع بزوائده عند النفاذ فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهما فيضمنان
وهذا لان البائع كان منكرا للبيع فلا يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار لانه يصير كالمقر بالبيع فيتناقض كلامه عند
الناس ويكون كاذبا عندهم فيتوقاه حذرا من ذلك حتى اذا اجازه باختياره ليس له ان يرجع على الشهود لانه
اتلفه بمباشرته ولا يضاف الحكم الى المتسبب مع وجود المباشر هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن وان
شهدا بالبيع ينظر فان شهدا بالبيع بالف مثلا فقضى به القاضي ثم شهدا عليه بعد القضاء بقبض الثمن فقضى به
ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن لان الثمن تقرر في ذمة المشتري بالقضاء ثم اتلفاه عليه بشهادتهما بالقبض
فيضمنانه وان كان الثمن اقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة ايضا مع ذلك لانهما اتلفا عليه هذا القدر بالشهادة
الاولى وان شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة فقضى به ثم رجعا عن شهادتهما يجب عليهما القيمة
فقط لان القاضي يقضي بالبيع لا بوجوب الثمن لان القضاء بالثمن يقارنه ما يوجب سقوطه وهو القضاء بالقبض
والقضاء بالشيء اذا اقترن به ما يوجب بطلانه لا يقضى به ولهذا قلنا لو شهد شاهدان بالبيع والاقالة دفعة
واحدة ان القاضي لا يشتغل بالقضاء بالبيع لاقتران ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هنا ولو
شهدا على رجل بالشراء فقضى به ثم رجعا فان كان بمثل القيمة او اقل لم يضمنا للمشتري شيئا لان الاتلاف بعوض
لا يكون اتلافا في المعنى على ما بينا وان كان باكثر من قيمته ضمنا ما زاد على قيمته للمشتري لانهما اتلفا عليه الزائد
بغير عوض فيضمنانه له وكذا اذا شهدا عليه بالشراء بشرط الخيار للمشتري وجاز البيع بمضي المدة وان جاز
باجازته لم يضمنا على ما بينا في جانب البائع **قال** وفي الطلاق قبل الوطء ضمنا نصف المهر يعني اذا شهدا بانه
طلق امراته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا للزوج نصف المهر لانهما اكدا عليه ما كان على شرف السقوط لاحتمال
ارتدادها وتقبيل ابن زوجها ثابت فيحتمل ان يوجد ذلك منها فيسقط المهر به وللتاكيد حكم الايجاب فصار
كانهما اوجبا عليه الا ترى ان المحرم اذا اخذ صيدا فقتله اخر في يده لزم الاخذ الجزاء ثم يرجع به على القاتل لانه

وبعلمه ما كان على شرف الزوال بالتسبب وللمباشر حكم الايجاب ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ
فلا يوجب شيئا اذا لم يكن من جهته وانما باضافة الفرقة اليه الزماه نصف المهر فيضمنان له ذلك وينتقض هذا
بمسئلتين ذكرهما في التحرير احدهما امراة لها على رجل الف درهم مؤجل فشهد شاهدان انه حال فاخذته منه
ثم ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب وسبيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون وكان الدين على
شرف السقوط لانه لو كان مؤجلا على حاله لسقط بارتدادها والثانية لو ان رجلا قتل امراة قبل ان يدخل بها
زوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع على القاتل وان وجد التاكد منه اذ لولا قتله كان احتمال السقوط ثابتا ولكن
نقول القتل منه انهاء النكاح والشيء بانتهائه يتقرر والدين المؤجل ثابت في الحال وانما تاخرت المطالبة ولهذا لو
مات من عليه الدين حل ولم يؤكدا بالشهادة شيئا اذ تحصيل الحاصل محال او نقول لا نسلم بان ردتها تسقط
بل يكون لورثتها ويقضى به ديونها فلا يسقط بل السؤال من الاصل والابن اذا اكره امراة ابيه فزنا بها الزم
اباه نصف المهر ثم يرجع به على الابن لان الابن باكراهه اياها الزم اباه نصف المهر فصار نظير الشهود ولو رجع
الشهود بعد موت الزوج غرموا للورثة لانهم قائمون مقامه ولم يرث لوقوع الفرقة بالقضاء قبل موته ولو
شهدا بعد موت الزوج انه طلقها في حياته قبل الدخول بها ثم رجعا لم يضمنا للورثة لان الشهادة وقعت لهم
وضمنا للمراة نصف الصداق والميراث لان المهر كان مؤكدا ظاهرا بالموت بحيث لا يسقط بمسقط وكذا كان
الميراث كان واجبا لها بموته فهما بهذه الشهادة ابطلا عليها نصفا مؤكدا من المهر والميراث بالظاهر فيضمنا
لها ذلك ذكره في الكافي **قال** ولم يضمنا لو بعد الوطئ يعني لو شهدا انه طلقها بعد ما دخل بها فقضى
بشهادتهما ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنا لان المهر تاكد بالدخول لا بشهادتهما وقال الشافعي رحمه الله
يضمنان للزوج مهر المثل وكذا اذا قتلها قاتل يضمن القاتل للزوج مهر المثل عنده وكذا اذا ارتدت المراة
يجب عليها ان تغرم للزوج نصف المهر لان البضع متقوم الا ترى انه متقوم حال الدخول حتى لا يتصور ان يملك
بلا عوض فكذا عند خروجه عن ملكه لانه انما يخرج عن ملكه على ما دخل في ملكه من ضرورة تقومه في احدى
الحالتين التقوم في الحالة الاخرى كملك اليمين **ولنا** ان ملك الزوج ضروري فلا يظهر الا في حق استيفاء منافع البضع
الا ترى انه ليس له ان يضمن المتلف بالوطئ شيئا حتى لو وطئت بشبهة كان العقر لها ولو كان ملكه متقوما لكان له
ولكان له ان يزوجها انسان كملك اليمين ولان الضمان من شرطه المماثلة ولا مماثلة بين البضع والمال الاصل
ولا معنى لان يكون مضمونا واما عند دخوله في ملك الزوج فالمتقوم هو المملوك دون الملك لوروده عليه وتقومه
لاظهار خطر ذلك المحل حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا يملك مجانا فانما يملك مجانا لا يعظم خطره عنده
اصلا وذلك محل له خطر مثل النفوس لان النسل يحصل به وهذا المعنى لا يحصل في طرف الازالة فانها لا يملك
على الزوج شيئا لان تسقط عنها ملك الزوج الا ترى انما هو مشروط لمعنى الخطر عند التملك كالشهود والولي لا
يشترط شيء منه عند الازالة ولكونه غير متقوم حالة الخروج دون الدخول ليس له ان يخلع ابنته الصغيرة
على مالها من زوجها وله ان يزوج ابنه الصغير من مالها بخلاف ملك اليمين فانه ملك مال والمال مثل للمال عند
الاتلاف يضمن بالمال **قال** وفي العتق ضمنا القيمة اي اذا شهدا باعتاق عبد فحكم الحاكم بعتقه ثم رجعا
عن الشهادة ضمنا قيمة العبد لسيده لانهما اتلفا عليه مالية العبد من غير عوض والولا للذي شهدا عليه
بالعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولا ولا يمنع وجوب الضمان عليهما ثبوت الولا للمولى

لان

لان الولا ليس بمال متقوم بل هو كالنسب لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب فلا يكون الضمان بدلا
عنه بل عما اتلفا عليه من ملك المال وهذا الضمان لا يختلف بين ان يكونا موسرين او معسرين لانه ضمان
الاتلاف المال بخلاف ضمان الاعتاق لانه لم يتلف الا ملكه ولكنه مع ذلك لزم منه فساد ملك صاحبه فاوجب
الشارع عليه المواساة صلة والصلات تجب على الموسر دون المعسر كالزكاة ونفقة الاقارب ولو شهدا عليه
بانه دبره وقضى القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لانهما اوجبا للعبد حق العتق وبذلك ينقص ماليته
فاذا مات المولى عتق ان خرج من الثلث ويضمنان للورثة بقية قيمته ولو لم يكن له مال سواه عتق ثلثه ويسعى في
ثلثيه ويضمنان للورثة ثلث قيمته وان كان العبد معسرا يضمنان جميع قيمته مدبرا ويرجعان به عليه اذا ايسر
ولو شهدا انه كاتب عبده وقضى بالكتابة ثم رجعا ضمنا قيمته كلها لانهما حالا بينه وبين عبده فصارا كالغاصب له
خلافا للمدبر ثم الشاهدان يتبعان المكاتب بالكتابة على نجومها لانهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته
وكان من قضية الضمان ان يملكاه كيلا يجتمع البدلان في ملك شخص لكن المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك ولا
يعتق المكاتب حتى يؤدي ما عليه كما كان قبل رجوعهما فاذا ادى عتق والولا للمولى لانه هو المكاتب له وانما الشاهدان
قاما مقامه في اخذ بدل الكتابة منه لا غير فاذا وفي لهما كتابته الى المولى وطيب لهما ما اخذا من المكاتب ان
كان بدل الكتابة مثل قيمته او اقل وان كان اكثر تصدقا بالفضل وان عجز ورد في الرق كان للمولى لان رقبته
لم تصر ملكا للشاهدين لما ذكرنا ويرد المولى ما اخذ من الشاهدين لان الحيلولة قد بطلت بعجز المكاتب فصار
نظير ما اذا غصب مدبرا فابق عنده فضمنه المولى قيمته ثم جاء من الاباق فانه يجب على المولى ان يرد على الغاصب
ما اخذ منه فكذا هذا ولو اختار المكاتب ولا يضمن الشهود كان له ذلك ولو شهدا انه اقر ان امته ولدت
منه والمولى ينكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا فهذا على وجهين اما ان يكون معها ولد او لم يكن وكل وجه على
وجهين اما ان يكون الرجوع هنا حال حياة المولى او بعد وفاته فان لم يكن معها ولد وكان الرجوع حال حياة
المولى فانهما يضمنان للمولى نقصان قيمتها فاذا مات المولى عتقت فيضمنان للورثة باقي قيمتها لانه لولا
شهادتهما لورثها الورثة فيفوتا عليهم هذا القدر وان رجعا بعد موت المولى ضمنا جميع قيمتها للورثة لانهما فوتا
ذلك عليهم وان كان معها ولد ورجعا حال حياة المولى ضمنا نقصان قيمتها له لما ذكرنا وضمنا جميع قيمة الولد
لانه لولا شهادتهما كان عبدا له فيفوتا عليه ذلك فاذا مات المولى بعد ذلك ان لم يكن مع الولد شريك في الميراث
لا يضمنان له شيئا ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لان من زعم الولد ان رجوعهما باطل وقبض الاب
الضمان كان بغير حق فكان مضمونا عليه فيؤدي من تركته ان كانت له تركة والا فلا شيء على الابن لان الابن اقر
على مورثه بدين وليس له تركة لا يجب عليه شيء وان كان معه شريك فان الشاهدين يضمنان لشريكه نصيبه
من قيمة الولد ومما في قيمة الام ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لما ذكرنا ان ترك مالا ويرجعان
بما اخذه منهما شريكه لانه في زعمه ظلمهما فلا يظلم هو وكذا في زعمهما فلا يظلمانه ولا يضمنان لشريكه ما
اخذه الولد بالارث وان رجعا بعد وفاة المولى فان لم يكن للولد شريك فلا ضمان عليهما لانه هو الوارث
وحده وهو يكذبهما في الرجوع وان كان له شريك في الميراث يضمنان له حصته من قيمة الولد ومن جميع قيمة
الام ولا يضمنان له ما ورثه الولد ولا يرجعان على الولد هنا بما اخذ منهما شريكه لان بزعمه ظلم شريكه
لا ظلم ابيه فلم يكن ذلك دينا على الميت حتى يقدم على الارث وانما يجب عليهما ان يضمنا جميع قيمتها هنا لانهما

المقاهاة عليهم ولم يضمنا من قيمتها شيئا للمولى بخلاف المسألة الأولى هذا دليله فيما إذا كانت الشهادة حال حياة
المولى وإن شهدا بعد وفاته والمسألة بحالها فقضى بشهادتهما القاضي ثم رجعا فإنهما يضمنان قيمتها وقد ضمنا جميع قيمتها
للورثة لما ذكرنا وإن كان زعمها وقد ضمنا قيمتها وقيمة الولد لكلها وما أخذ الولد بالإرث بخلاف ما إذا كانت
الشهادة في حال حياة المولى حيث لا يضمنان ما أخذ الولد من التركة والفرق بينهما أن الشهادة في حالة الحياة
لا تكون شهادة بالمال والميراث لأنه يجوز أن يموت الابن ولا يرثه الأب فلا تكون شهادتهما إتلافا للمال
فلا يضمنان وأما بعد الموت فشهادتهما وقعت على المال فيكون إتلافا له فيضمنان ذلك كله حتى لو لم يقسه
لأنه لولا شهادتهما كان عبدا من أمائهم قال وفي القصاص إذا رجعا ضمنا الدية ولم يقتصا أي فيما إذا شهدا بوجوب
القصاص على شخص بأن شهدا أنه قتل فلانا عمدا فقضى القاضي به وقتل ثم رجعا يجب عليهما الدية ولا يقتص
منهما وقال الشافعي يقتص منهما لأنهما تسببا لقتله فصارا كالمكره بل أولى لأن الولي يعان والمكره يمنع فكانت
الشهادة أفضى إلى القتل وأولى بوجوب القصاص عليهما ولنا أنهما تسببا لقتله وليسا بملجئين إذ الولي
بالخيار إن شاء قتل وإن شاء عفى بل جانب العفو مترجح والتسبب لا يوجب القصاص كحفر البئر ولأن القصاص
لغاية العقوبة فلا يجب إلا بنهاية الجناية وهو القتل مباشرة عمدا بالآلة الصالحة له ولم يوجد ذلك هاهنا
لأن الشهادة ليست بقتل حقيقة وإنما تصير قتلا بواسطة التسبب في يد الشاهد وهو حكم الحاكم واختيار
الولي قتل المشهود عليه والفعل الاختياري من المباشر يقطع النسبة إلى المتسبب كدلالة السارق وفتح باب
القفص وحل قيد العبد فلم يوجد منهما القتل حقيقة لعدم المباشرة ولا حكما لعدم الإلجاء لأن الملجئ هو الذي
يخاف العقوبة الدنيوية على نفسه فيؤثر نفسه بالطبع فيكون مسلوب الاختيار ولم يوجد ذلك في حق الولي
ولا في حق القاضي لأن القاضي إنما يخاف العقوبة في الآخرة ولا يصير به ملجأ لأنه لا أحد يقيم الطاعة خوفا
من العقوبة في الآخرة ولا يصير بذلك مقهورا والولي باشر القتل باختيار وليس عليه حرج في العفو بل هو
مندوب إليه فكيف يتأتى الإكراه في حقه بخلاف المكره فإن المكره يؤثر حياته فيقدم على القتل فيسبب الفعل إلى
المكره والمكره كالآلة له ولأن أقل أحواله أن يكون شبهة والقصاص يسقط بها دون الدية لأن المال يجب
مع الشبهة وإن رجع الولي معهما أو جاء المشهود بقتله حيا فالولي بالخيار إن شاء ضمن الولي الدية وإن
شاء ضمن الشاهدين لأن الولي متلف له حقيقة والشاهدين متلفان له حكما والإتلاف الحكمي مثل الحقيقي في
حكم الضمان وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه عند أبي حنيفة وكذا عندهما إن ضمن الولي وإن ضمن الشاهدين
فلهما أن يرجعا على الولي لأنهما عاملان له في الشهادة فيرجعان بما لحقهما كما لو شهدا بقتل الخطأ فقضى له بها
وأخذ الدية ثم رجعوا جميعا وهذا لأنهما لما ضمنا قاما مقام الولي وإن لم يملك القصاص فيرجعان عليه
كغاصب المدبر إذا غصب منه آخر فهلك عند الثاني واختار المولى تضمين الغاصب الأول فضمنه فللغاصب
أن يضمن الغاصب منه لأنه لما ضمن قام مقام المولى وإن لم يملك المدبر وهذا لأن القصاص مما يملك في
الجملة حتى ملكه الولي وورثته إذا مات من له القصاص وله بدل متقوم محتمل للتمليك فيكون السبب
معتبرا على أن يجعل في بدله عند تعذر إعماله في الأصل كاليمين على مس السماء تنعقد في إيجاب الكفارة الذي هو
خلف عن البر لأن الأصل هو البر وهو متصور الوجود عقلا وكذا شهود الكتابة إذا رجعوا وضمنوا
للولي القيمة كان لهم أن يرجعوا بها على المكاتب وإن لم يملكوا منه شيئا ولأبي حنيفة أن الشهود ضمنوا الإتلاف

المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما ضمن بسببه على غيره كالولي وهذا لأنهم لو لم يكونوا متلفين لما ضمنوا
مع المباشر إذ لا يعتبر مجرد التسبب مع المباشر ألا ترى أن الحافر لا يعتبر مع الدافع فثبت بهذا أنهم جناة
ومن ضمن بجنايته لا يرجع على غيره وأما في الخطأ فإنما يرجعان عليه لأنهما لما ضمنا ملكا الدية وقد أخذها
الغاصب بصرفه إلى حاجته فيرجعان عليه وإنما ينعقد السبب موجبا للحكم على أن يعمل في بدله إن كان السبب
مما يتصور وجوده ولا يتصور وجود الملك في القصاص بالضمان بحال فلا ينعقد في حق خلفه كاليمين الغموس
ولو كان القصاص ملكا للإنسان حقيقة لم يضمنه المتلف عليه بأن قتله شخص أو شهد عليه شهود بالعفو ثم
رجعوا لا يضمن القاتل ولا الشهود شيئا للولي للقتيل وانعقاد السبب لا يكون أقوى من وجود الملك حقيقة
وبهذا فارق مسألة غصب المدبر والمكاتب فإنه فيه لو كان ملكا حقيقة لكان يضمنه المتلف عليه فكذا إذا
جعل كالملك حكما باعتبار انعقاد السبب له فيكون له أن يرجع بالمبدل لذلك قال وإن رجع شهود
الفرع ضمنوا لأن التلف مضاف إلى شهادتهم لصدورها منهم في مجلس الحكم قال لا شهود الأصل
بل نشهد الفروع على شهادتنا أو أشهدناهم وغلطنا أي لا يضمن شهود الأصل بقولهم لم نشهد شهود الفرع
أو بقولهم أشهدناهم وغلطنا لأن القضاء وقع بشهادة الفروع إذ القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي
شهادة الفروع لأنهم بقولهم لم نشهدهم أنكروا السبب أصلا وهو الإشهاد وهو خبر يحتمل الصدق والكذب
فلا يبطل القضاء به ولا يلتفت إلى كلامهم بعد القضاء بخلاف ما إذا قالوا ذلك قبل القضاء حيث لا يقضى به
لأنه رجوع التحمل وهو شرط فيها وقال محمد رحمه الله يضمن شهود الأصل فيما إذا قالوا أشهدناهم وغلطنا
لأن الفروع قاموا مقام الأصول في نقل شهادتهم إلى مجلس القاضي فيحصل القضاء بشهادة الأصول فلهذا
يعتبر عددهم فصار كأنهم حضروا بأنفسهم مجلس القاضي فشهدوا ثم رجعوا بخلاف ما إذا قالوا لم نشهدهم على
شهادتنا حيث لم يضمنوا لأنهم لم يرجعوا وإنما أنكروا التحمل ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن
الموجود من الأصول شهادة في غير مجلس القاضي والشهادة في غير مجلسه لا تكون سببا للإتلاف فلا
يلزمهما الضمان وهذا لأن الشهادة مختصة بمجلس القضاء ولهذا اختص الرجوع به بناء عليه للتناسب ولا
نقول إن الفروع نائبون منابهم في نقل شهادتهم إلى مجلس القاضي فإنهم بعد الإشهاد لو منعوهم عن أداء
الشهادة كان عليهم الأداء إذا علموا المدعي له ولو كانوا نائبين عن الأصول لما كان لهم ذلك بعد المنع
ولكنهم يشهدون على ما حملوا وهو إشهاد الأصول إياهم على شهادتهم فصار كما لو شهدوا على نفس الحق وعلى
هذا لو رجع الأصول بأن قالوا أشهدناهم على ذلك ولكنا رجعنا عن ذلك عندهما لا يضمنون وعند محمد يضمنون
والوجه قد بيناه من الجانبين قال ولو رجع الأصول والفروع ضمن الفروع فقط لأن الإتلاف
حصل بالشهادة الموجودة في مجلس القاضي وهي من الفروع مباشرة من كل وجه والأصول متسببون للتلف
من وجه وقد عرف أن المباشر والمسبب إذا اجتمعا وهما متعديان كان الضمان على المباشر دون المسبب
وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع
لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث إن القاضي عاين الشهادة من الفروع ووقع بشهادة الأصول
من حيث إن الفروع نائبون عنهم ونقلوا شهادتهم بأمرهم فيتخير في تضمين أي الفريقين شاء والجهتان
متغايرتان لأن شهادة الأصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول أو نقول أحدهما إشهاد

والاخرى اداء الشهادة في مجلس القاضي فلا يجمع بينهما في التضمين بل يجعل كل فريق كالمنفرد فيكون له الخيار
كالغاصب مع غاصب الغاصب وهذا لان التلف ثبت بالنقل والاشهاد والنقل من الفروع والاشهاد
من الاصول فلولا اشهاد الاصول لما امكن الفروع ولولا نقل الفروع لما امكن الاصول فكان لكل فريق في حق
المشهود عليه سبب ضمان على سبيل المباشرة اما الفروع فظاهر لانهم نقلوا شهادة الاصول عند القاضي على وجه
لو لم يعمل القاضي بشهادتهم يأثم وكذلك الاصول مباشرون من حيث الحكم لان اداء الفروع منقول الى الاصول
لان الفروع مضطرون من جهة الاصول الى الاداء بعد الاشهاد حتى لو امتنعوا عن الاداء اثموا فصار اداؤ
نظر القاضي لما الجاء الشهود الى القضاء نسب اليهم فضمنوا ثم اي فريق ادى لا يرجع على صاحبه لان كلا ضمن
بجنايته بخلاف الغاصب اذا ضمن حيث يرجع على غاصب الغاصب لما عرف في موضعه قال ولا يلتفت
الى قول الفروع كذب الاصول او غلطوا يعني بعد الحكم بشهادتهم لان ما مضى من القضاء لا ينتقض بقولهم كما لا
ينتقض برجوعهم ولا يلزمهم غرامة لانهم لم يرجعوا وانما شهدوا على غيرهم بانهم كذبوا قال وضمن المزكون
المزكون بالرجوع وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كما لو اثنوا
على المشهود عليه بان شهدوا على احصان الزاني ثم رجعوا وهذا لانهم لم يثبتوا سبب التلف وهو الزنا مثلا ولم
يتعرضوا له بالاصالة وانما اثنوا على الشهود فصاروا في معنى شهود الاحصان ولابي حنيفة رحمه الله انهم
جعلوا ما ليس بموجب موجبا فصاروا بمنزلة من اثبت سبب التلاف وبيان ذلك ان الشهادة لا توجب شيئا
بدون التزكية وسبب التلف الشهادة وهي لا تعمل الا بالتزكية فكانت التزكية علة العلة وهي بمنزلة العلة
في اضافة الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان فانهم لم يجعلوا غير الموجب موجبا لان الموجب هو الزنا
وهم لم يثبتوه ولهذا يثبت الاحصان بشهادة النساء بخلاف التزكية لشهود الحد لان الشهادة لا تعمل الا
بها فصار التلف مضافا اليها كما يضاف الى الشهادة ولهذا لا يجوز ان يكون النساء مزكيات مع الرجال في
الحدود كما لا تصلح للشهادة فيها ولولا اضافة الحكم اليها لصلحن للتزكية فيها وهذا لان التاثير هو
المعتبر والعلة مؤثرة في اثبات الحكم وكذلك علة العلة مؤثرة ايضا في اعمال العلة اذ الشهادة لا توجب
العمل الا بها بخلاف شهود الاحصان فان ذلك ليس بمؤثر في اثبات الزنا فانهم اثنوا عليه بقولهم انه حر مسلم
تزوج امراة نكاحا صحيحا وقد اوفى حقها شرعا بالدخول عليها وهذه الخصال تمنع الزنا فلا تكون موجبة
له لان الزنا مذموم وهذه الخصال محمودة فهما متضادان فكيف يكون احدهما سببا للاخر فلما لم يوجب
الزنا لا يوجب الرجم ايضا بل هو موجب الزنا عند وجود الاحصان قال وشهود اليمين اي تضمن شهود
اليمين ومعنى المسألة ان يشهدا بتعليق العتق بشرط او بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم رجعا عنها
فيجب عليهما قيمة العبد ونصف المهر لانهم شهود العلة اذ التلف يحصل بسببه وهو الاعتاق او التطليق
وهم الذين اثبتوا ذلك بشهادتهم والشرط وان كان مانعا فاذا وجد الشرط اضيف التلف الى المثبت للعلة
وهي العلة دون زوال المانع قال لا شهود الاحصان والشرط اي لا يضمن شهود الاحصان ولا
شهود الشرط فيهما خلاف زفر رحمه الله اما شهود الاحصان فهو يقول ان الجناية مختلطة بعد فصار
كحقيقة العلة ولانه شرط لوجوب الرجم والشرط اذا سلم عن معارضة العلة صلح علة الا ترى ان
حافر البئر يضمن عند عدم من يلقي والحفر شرط الوقوع فيضاف الحكم اليه قلنا ان الاحصان علامة

وليس بشرط حقيقة لان حقيقة الشرط ان يوجد العلة بصورتها ويتوقف على صيرورتها علة على وجود
الشرط وهنا لو زنى ثم احصن لا يرجم ولكن اذا زنى وهو محصن عرفنا ان حكمه الرجم وهذا معنى العلامة فلا يتعلق به
وجوب الرجم ولا وجوده اذ الحكم لا يضاف الى العلامة المظهرة واما شهود الشرط فلا يخلوا اما ان رجعوا وحدهم
او مع شهود العلة وهي التعليق فان رجعوا مع شهود اليمين لا يضمنون وعند زفر يضمنون لان التلف حصل
بشهادة الفريقين جميعا قلنا شهود اليمين اثبتوا بشهادتهم العلة الموجبة للحكم وهو قوله انت حر او انت
طالق والاخرون اثبتوا الشرط والشرط لا يعارض العلة في اضافة الحكم اليه لان الحكم يضاف الى علته
حقيقة لانه هو المؤثر فيه والى الشرط مجازا لانه موجود عنده الشرط والمجاز لا يعارض الحقيقة وان
رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند بعض مشايخنا رحمهم الله لان الشرط اذا لم يعارضه العلة صلح
لاضافة الحكم اليه وصار علة لان العلل لم تجعل علة لذواتها فجاز ان يخلفها الشروط والصحيح ان شهود
الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات واليه مال شمس الائمة السرخسي والى الاول مال فخر الاسلام
علي البزدوي واذا شهد شاهدان بالتفويض وشاهدان بالايقاع ثم رجعوا كان الضمان على شاهدي الايقاع
لانه هو العلة والتفويض سبب والله اعلم بالصواب

كتاب الوكالة

الوكالة الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله تعالى ولهذا قلنا فيمن قال وكلتك بمالي يملك الحفظ فقط وقيل
تركيبه يدل على معنى التفويض والاعتماد ومنه التوكل يقال على الله توكلنا اي فوضنا امورنا والتوكيل
تفويض التصرف الى الغير وسمي الوكيل وكيلا لان الموكل وكل اليه القيام بامره اي فوضه اليه واعتمد فيه
عليه والوكيل القائم بما فوض اليه وهو مشروع باجماع الامة وقد وكل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكيم بن حزام
بشراء الاضحية وقال الله تعالى حكاية عن اصحاب الكهف فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة الاية وكان
البعث منهم بطريق الوكالة وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يظهر نسخه ولان الانسان قد يعجز عن مباشرة
التصرفات وعن حفظ ماله فيحتاج الى الاستعانة بغيره اشد الاحتياج فيكون مشروعا دفعا للحرج والفاظها
كل لفظ يدل على الاطلاق كقوله وكلتك او فوضت او احببت او رضيت او شئت او اردت ولو قال
لا انهاك عن طلاق المراة لا يكون توكيلا قال صح التوكيل لما بينا من الادلة قال وهو اقامة الغير
مقام نفسه في التصرفات اي التصرف الجائز المعلوم بما في الشريعة حتى ان التصرف اذا لم يكن معلوما تثبت
به ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وهو في اللغة ما بيناه من قبل قال ممن يملكه اي ممن يملك
التصرف لان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه
ويقدر على التصرف من قبله فلا يتصور ان يستفيد الولاية ممن لا ولاية له ولا قدرة له على التصرف
وهذا على قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فالشرط ان يكون حاصله بما يملكه الوكيل فاما ان يكون
الموكل مالكا للتصرف فيه فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال
ببيع الصيد وقيل المراد ان يكون مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف وان امتنع في بعض الاشياء بعارض
النهي ولا بد ان يكون الموكل ممن تلزمه الاحكام لان المطلوب من الاسباب احكامها فاذا كان ممن لا تثبت له
الاحكام لا يصح توكيله كالصبي والعبد المحجور عليهما قال اذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبيا او

عبدًا محجورًا يعني يصح التوكيل بشرط ان يكون الوكيل ممن يعقل البيع وغيره من العقود وان كان الوكيل صبيا
او عبدا محجورًا عليهما والمراد ان يعرف ان الشراء جالب للمبيع وسالب للثمن والبيع على عكسه ويعرف الغبن
الفاحش من اليسير ويقصد بذلك ثبوت الحكم او الربح لا الهزل لان الوكيل قائم مقام الموكل في العبارة ثم
فلا بد ان يكون من اهل العبارة ليكون قادرا على التصرف وذلك بالعقل **قال** بكل ما يعقده بنفسه اي يجوز
التوكيل بكل شيء جاز ان يعقده بنفسه لما ذكرنا من الحاجة والادلة ولا يرد على هذا الوكيل حيث لا يجوز له ان يوكل
فيما وكل فيه لان المراد به ان يعقده بنفسه لنفسه لا ما استفاده من جهة غيره من التصرفات لان ذلك
ينفذ بامر آمره وكذا لا يرد جواز توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر ونحوه لانه عكس والنقض لا يكون الا في الطرد
ويرد عليه الاستقراض فانه يجوز ان يباشره بنفسه لنفسه ولا يجوز له ان يوكل فيه حتى لو وكل به واستقرض
له الوكيل كان له لا للموكل لان البدل في باب القرض لا يجب دينا في ذمة المستقرض بالعقد وانما يجب بالقبض
والامر بالقبض لا يصح لانه ملك الغير بخلاف البيع لان حكمه يثبت بالعقد فامكن ان يقيم غيره فيه مقامه وكلا
الرسالة في الاستقراض لان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل لان الرسول معبر والعبارة ملك
المرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل
فان العبارة للوكيل ولهذا حقوق العقد ترجع اليه وعن ابي يوسف ان التوكيل بالاستقراض جائز **قال**
وبالخصومة في الحقوق برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مدة السفر او مريدا للسفر او مخدرة
اي يجوز التوكيل بالخصومة في جميع الحقوق بشرط ان يرضى الخصم الا اذا كان معذورا بعذر من الاعذار التي
ذكرها فحينئذ يجوز بغير رضى الخصم وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يجوز التوكيل بالخصومة من غير
رضى الخصم وان لم يكن به عذر وهو قول الشافعي رضي الله عنه لانه وكل بما هو خالص حقه فيصح بدون رضى الخصم
كالتوكيل بالقبض والايفاء ولان الحاجة ماسة الى تجويزه بها اذ لا يهتدي لها كل احد او لا يرضى بها عند الحاكم
كل احد وقال عبد الله بن جعفر رضي الله عنه كان علي لا يحضر خصومة ابدا وكان يقول ان الشيطان يحضرها وان
لها لقحما وكان اذا خوصم في شيء من امواله وكل عقيلا فلما كبر عقيل وكل عبد الله بن جعفر فقال هو وكيلي فما
قضي عليه فهو علي وما قضي له فهو لي ولانه يملك مباشرتها بنفسه من غير رضى خصمه فكذا يملك التوكيل
بها من غير رضى الخصم كسائر حقوقه ولابي حنيفة ان التوكيل حوالة ولا يجوز الا برضى المحال عليه فكذا
التوكيل وهذا لان الخصومة تختلف والجواب مستحق عليه فصار نظير الحوالة الا ترى انه لو وكل الا
من هو الد واشد انكارا وحيلة يتضرر بذلك ضررا عظيما فلا يلزمه بدون التزامه كالحوالة بخلاف ما اذا كان
بعذر من الاعذار التي ذكرناها لان الجواب غير مستحق عليه في هذه الحالة فلا يكون فيه اسقاط حق مستحق
عليه ولا يقبل قوله اني اريد ان اسافر لكن القاضي ينظر في حاله وفي عدته فانه لا يخفى هيئة من يسافر
والمتاخرون من اصحابنا اختاروا للفتوى ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت في الاباء عن قبول التوكيل
لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من الموكل من غير رضاه وان علم من الموكل قصد الاضرار بخصمه لا يقبل
التوكيل الا برضاه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله ومن الاعذار الحيض من المدعى عليها
اذا كان الحاكم في المسجد والحبس اذا كان من غير القاضي الذي ترافعوا اليه **قال** وبايفائها واستيفائها
الا في حد او قود اي يجوز التوكيل بايفاء جميع الحقوق والاستيفاء لما بينا الا باستيفاء الحدود والقصاص

فانه لا يجوز مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تسقط بالشبهات فلا تستوفى بما يقوم مقام الغير لما فيه من نوع
شبهة على ما تبين وقال الشافعي رحمه الله تستوفى في القصاص في حال غيبة الموكل لانه حق العبد **ولنا**
انه عقوبة فتسقط بالشبهات وشبهة العفو ثابتة في حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفى بل هو
الظاهر اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له بخلاف ما اذا كان الموكل حاضرا
لانه لا يمكن فيه شبهة العفو وقد يحتاج الموكل الى ذلك لقلة هدايته في الاستيفاء او لان قلبه لا يحتمل ذلك
بخلاف الاستيفاء في غيبة الشهود لان رجوعهم نادر ولا تنويهم ويجوز التوكيل باثبات القصاص وحد القذف
والسرقة باقامة البينة فاذا اقامت وثبت الحق فللموكل استيفاؤه وقال ابو يوسف لا يجوز التوكيل باثباتها
ايضا كما لا يجوز باستيفائها وقول محمد مضطرب والاظهر انه مع ابي حنيفة الا انه يجوز من غير عذر
ولا رضى الخصم وعند ابي حنيفة لا يجوز الا باحدهما وهذا الخلاف في حال غيبة الموكل واما حال حضرته
فهو جائز اجماعا لان كل كلام يوجد من الوكيل ينتقل الى الموكل اذا لم يرد فيه عهدة على الوكيل لما عرف في موضعه
لابي يوسف ان الوكيل بمنزلة البدل عن الاصيل ولا مدخل للابدال في هذا الباب ولهذا لا يجوز فيه الشهادة
على الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي ولا شهادة النساء ولا من الاخرس لان اشارته بدل عن العبارة
ولان المقصود من الاثبات الاستيفاء فاذا لم يصح به لا يصح بالاثبات ايضا ولهما ان التوكيل يتناول ما
ليس بحد ولا قصاص ولا يضاف وجوب الحد الى الخصومة فيصح التوكيل فيها كما في سائر الحقوق وهذا لان
وجوب الحد مضاف الى الجناية وظهوره مضاف الى الشهادة والخصومة شرط محض لا اثر لها في الوجوب
ولا في الظهور اذ الحكم لا يضاف الى الشرط ويمكن التدارك اذا وقع فيه الغلط بخلاف الاستيفاء وعلى هذا
الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان التوكيل فيه وقع
بدفع دعوى القصاص والحدود والحدود فيها تثبت مع الشبهة حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على
الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال غير ان اقرار الوكيل لا يقبل عليه استحسانا لان فيه شبهة
عدم الامر به والتوكيل باثبات حد الزنا والشرب لا يصح اتفاقا لانه لا حق لاحد فيه وانما تقام البينة
على وجه الحسبة فكان اجنبيا عنه لا يجوز توكله به **قال** والحقوق فيما يضيفه الوكيل الى نفسه
كالبيع والاجارة والصلح عن اقرار يتعلق بالوكيل ان لم يكن محجورا كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن
والرجوع عند الاستحقاق والخصومة في العيب والملك يثبت للموكل ابتداء حتى لا يعتق قريب الوكيل
بشرائه وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تبع للحكم وليست باصل والوكيل ليس باصل في حق الحكم فلا
يكون اصلا في حق الحقوق التي هي من توابع الحكم فصار كالرسول والوكيل بالنكاح واخواته **ولنا** ان
الوكيل اصل في العقد لان العقد يقوم بالكلام وصحة كلامه باعتبار كونه آدميا عاقلا فتقتضيه ان
يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير ان الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم للضرورة
كيلا يبطل مقصوده واعتبرنا الاصالة في حق الحقوق اذ لا ضرورة في جعلها والدليل على انه اصل في العقد
استغناؤه عن اضافته الى الموكل ولو كان سفيرا كما زعم لما استغنى عن اضافته اليه كالرسول وكالوكيل
بالنكاح واخواته حتى اذا اضافه الى نفسه كان له دون الموكل بخلاف ما نحن فيه فانه لا يسند اضافة
العقد اليه وايقاع الحكم للموكل فاذا اضافه اليه كان اصلا فيه فيثبت له ما للضرورة فيستوفي الحقوق

من تسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع او رجوعه بالثمن على بائعه عند استحقاق ما اشترى والخصومة في العيب وغير ذلك من حقوق العقد ولا نسلم ان الحكم يقع له وانما يقع للوكيل ثم ينتقل اليه فيكون بينهما مبادلة حكمية فلنا ان نمنع والصحيح انه يقع للموكل ابتداء خلافة عنه بمعنى ان الوكيل اصل في حق الحكم لكن في حق الحكم خلفه الموكل فيقع له من غير ان يكون اصلا فيه كالعبد يتصيد ويحتطب ولهذا لا يعتق على الوكيل اذا اشترى قريبه بالوكالة وهو المراد بقوله والملك يثبت للموكل ابتداء الى اخره وكذا اذا اشترى زوجته بالوكالة لا يفسد النكاح لما ذكرنا وفي حق الحقوق لم يخلفه فاذا كان اصلا في حق الحقوق جاز توكيله فيها ولا يجوز توكيل الموكل فيها لانه اجنبي عنها وفي قوله يتعلق بالوكيل ان لم يكن محجورا اشارة الى ان العبد والصبي المأذون لهما يتعلق بهما الحقوق وتلزمهما العهدة مطلقا وفي الذخيرة ان كان وكيلا في البيع بثمن حال او مؤجل جاز بيعه وتلزمه العهدة وان كان وكيلا بالشراء فان كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل تكون العهدة على الآمر حتى يطالب البائع الآمر بالثمن دون المباشر لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة وليس بضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشترى وهذا لا يفيد فيه وانما التزم ما لا في ذمته واستوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة وهو لا تلزمه ذلك وان كان بثمن حال فالقياس ان لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان ما لزمه ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك في المشترى وهنا يملك المشترى من حيث الحكم فانه يحبس المبيع بالثمن حتى يستوفيه من الموكل كما لو اشتراه لنفسه ثم باعه منه وهو من اهل التزام الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه لا يملك المشترى لا حقيقة ولا حكما حتى لا يملك حبسه به فكان ضمان كفالة من حيث المعنى وفي الايضاح اذا امره ان يشتري له بالنقد فاشترى كما امره فالشراء جائز والعهدة عليه وكان القياس ان لا يجوز لانه تلزمه العهدة في تسليم الثمن فيصير بمنزلة الكفالة وانما جوزناه استحسانا لانه وان لحقته العهدة كان له ان يرجع على الذي امره به ويحبس المبيع عنه فيصير الحق كالمعلق بالبيع فيخرج من ان يكون متبرعا ولو امره بالشراء نسيئة فاشترى كما امره كان ما اشتراه له دون الآمر لان الثمن اذا كان نسيئا لم يملك حبس المبيع فظهر معنى التبرع بالتزام الدين فلا يصح واذا لم يصح الوكالة صار مشتريا لنفسه وفيه اشارة ايضا الى ان المحجور عليه لا يتعلق به الحقوق لانه لا يصح منه التزام العهدة لقصور اهلية الصبي ولحق مولى العبد فيتعلق بالموكل كما في الرسول والقاضي وامينه ثم العبد اذا عتق تلزمه تلك العهدة والصبي اذا بلغ لا تلزمه لان المانع من لزوم العهدة في حق الصبي حق نفسه ولا يزول بالبلوغ ولو قبضه مع ذلك لا يصح قبضه لانه هو العاقد فكان اصلا فيه فانتفى اللزوم لما ذكرنا لا يدل على انتفاء الجواز ولو كان المأمور مرتدا جاز تصرفه لانه من اهل العبارة معتبر عبارته ولكن يتوقف حكم العهدة عند ابي حنيفة فان اسلم كانت عليه والا فعلى الموكل وعندهما عليه على كل حال وهي فرع اختلافهم في تصرفاته لنفسه قال وفيما يضيفه الى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد او عن انكار يتعلق بالموكل فلا يطالب وكيله بالمهر وكيلها بتسليمها اي كل عقد يضيفه الى الموكل فحقوقه تتعلق بالموكل وذلك كالنكاح الى اخره لان الوكيل فيها سفير محض ولهذا لا يستغني عن اضافته الى الموكل حتى لو اضافه الى نفسه وقع النكاح له فصار كالرسول فلا يتصور ان يكون السبب صادرا من شخص على سبيل الاصالة والحكم واقع لغيره فجعلناه سفيرا وهذا لان الحكم هنا لا يقبل الفصل عن السبب لانها

من قبيل الاسقاطات اما غير النكاح فظاهر وكذا النكاح لانه اسقاط ما لكنها بعقد النكاح ولان الاصل في الابضاع الحرمة فكان اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل وانما يثبت الملك ضرورة التمكن من الوطء ولهذا لا يظهر في حق الفسخ والتملك من الغير وفيما وراء الوطء فهو اسقاط جريا على الاصل اذ الحرمة تنافي الملك والساقط متلاش فلا يتصور ان يسقط في حق الوكيل ثم يسقط ثانيا في حق الموكل بالانتقال لان الساقط لا يعود الا بسبب جديد فكان حكم النكاح ثابتا لمن اضيف اليه ابتداء وهو الموكل بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز ان يصدر السبب من شخص اصالة ويقع الحكم لغيره وهذا لان المحل فيه خلق مباحا وقابلا للتملك بطريق الاصالة وذلك الحكم مما يقبل الانتقال من ملك الى ملك فجاز ان يملكه شخص ثم ينتقل عنه الى شخص وجاز ان يصدر السبب من شخص ويقع الحكم لغيره فلا حاجة الى جعله غير اصل اذ جواز الانتقال عنه يمنع من ذلك ومن اخوات هذا النوع العتق على مال والكتابة والهبة والصدقة والاعارة والايداع والاقراض والرهن والشركة والمضاربة لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصلا فيه بل سفيرا او معبرا وكذا اذا كان التوكيل من جانب الملتمس لما ذكرنا لان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت فيه الملك للموكل لما ذكرنا من قبل ولان المستقرض يلتزم بدل القرض في ذمته فيصير نظير ما لو قال بع شيئا من مالك على ان يكون عوضه لي ونظير التوكيل بالشحاذة فكان باطلا وما استقرضه فهو لنفسه وله ان يمنعه من الآمر ولو هلك هلك من ماله بخلاف غيره من هذه العقود فانه ليس له بدل يلزمه حتى يكون بيع ماله بشرط ان يكون العوض لغيره وانما حكمه يثبت بالقبض والوكيل اجنبي عن المحل فلا يمكن ان يكون اصلا فيه فصار سفيرا عن المالك بخلاف البيع لانه يتعلق بالعبارة حيث يتعلق حكمه وحقوقه بها وهي له فلم يكن اجنبيا بل اصلا فيه قال وللمشتري ان يمنع الموكل عن الثمن يعني اذا وكل رجلا ببيع شيء فباعه ثم ان الموكل طلب المشتري بالثمن له منعه لان الموكل اجنبي عن العقد وحقوقه لانها تتعلق بالعاقد على ما بينا قال رحمه الله وان دفع اليه اي الى الموكل صح ولا يطالبه الوكيل ثانيا لان المقبوض حقه فلا فائدة في نزعه منه ثم رده عليه وبرئت ذمة المشتري لوصول الثمن الى مستحقه بخلاف ما اذا باع مال اليتيم ودفع المشتري الثمن الى اليتيم حيث لا يبرأ ذمته بل يجب عليه ان يدفع الثمن الى الوصي ثانيا لان اليتيم ليس له قبض ماله اصلا فلا يكون له الاخذ من المدين فيكون الدفع اليه تضييعا فلا يعتد به واما الموكل في مسألتنا فمتصرف في ماله ولا ينعقد لاحد عليه فيه فيكون قبضه معتبرا وبخلاف الوكيل بالصرف اذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف حيث يبطل الصرف ولا يعتد بقبضه لان جواز الصرف متعلق بالقبض قبل الافتراق فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول وهما يتعلقان بالمتعاقدين فكذا القبض في الصرف وقبض الثمن في مسألتنا ليس كالايجاب والقبول وانما جاز لوصول حقه اليه ولهذا لو كان للمشتري دين على الموكل يقع المقاصة بمجرد العقد لوصول الحق اليه بطريق التقاص ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل لانه قضى دينه بمال الموكل بخلاف الصرف حيث لا يقع المقاصة بالدين لان القبض فيه كالايجاب والقبول فلا بد من وجوده حقيقة او حكما باضافة العقد الى الدين وهذا عندهما وقال ابو يوسف لا يقع المقاصة بدين الوكيل وهو مبني على جواز ابراء الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما يجوز ابراؤه فكذا يقع المقاصة بدينه وعنده لا يجوز فلا يقع ووجه البناء ان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر

بالابرا بغير عوض ولهذا لو كان له عليهما دين كانت المقاصة بدين الموكل اولى عندهما كما لو ابراه معا فانه يبرا
بابرا الوكيل حتى لا يلزم الوكيل ضمانه وقول ابي يوسف استحسان ووجهه ان الثمن الذي في ذمة المشتري ملك
الموكل لانه بدل ملكه وابراؤه تصرف فيه على خلاف ما امر به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري ودليل
الخلاف ظاهر ولهذا يصير ضامنا **وجه** قولهما ان الابرا اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل الا
ترى ان الموكل ليس له ان يمنعه من ذلك فان نهاه كان النهي باطلا ممتنعا عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه الا انه
بقبضه يتعين ملك الامر في المقبوض واذا انسد عليه هذا الباب بابرائه صار ضامنا له بمنزلة الراهن اذا
اعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ويضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفا عليه من مالية العبد بالاعتاق
وعلى هذا الخلاف ابرا الولي والوصي فيما باعاه من مال الصغير ۞

باب الوكالة بالبيع والشرا

الاصل ان الجهالة اذا كانت تمنع الامتثال ولا يمكن دركها تمنع صحة الوكالة والا فلا والجهالة ثلثة انواع
جهالة فاحشة وهي الجهالة في الجنس فتمنع صحة الوكالة سوا بين الثمن او لم يبين كما لو وكله بشرا ثوب او دابة او نحو
ذلك والثانية جهالة يسيرة وهي ما اذا كانت في النوع المحض كما لو وكله بشرا فرس او حمار او ثوب هروي
او مروي ونحو ذلك فانه يجوز الوكالة به وان لم يبين الثمن وقال بشر لا يجوز والحجة عليه ما روي انه عليه
السلام وكل حكيم بن حزام بشرا شاة للاضحية ولان جهالة النوع لا تخل بالمقصود ويمكن دفعها بصرف الوكيل
الى ما يليق بحال الموكل حتى لو ان عاميا وكل رجلا بشرا فرس فاشترى فرسا يصلح للملوك لا يلزمه والثالثة
جهالة بين النوع والجنس كما لو وكله بشرا عبد او جارية ان بين الثمن او النوع بان قال عبدا تركيا او
حبشيا او نحو ذلك جازت الوكالة وان لم يبين واحدا منهما لم يجز لانه ببيان الثمن يعلم من اي نوع يريد
وببيان النوع يعلم ثمنه فيبقى الجهالة بعد ذلك يسيرة وهي لا تمنع صحة الوكالة بخلاف ما اذا كانت الجهالة في
الجنس حيث تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لانه بذلك القدر من الثمن يوجد من كل نوع فلا يتعين المعرفة **قال**
امره بشرا ثوب هروي او فرس او بغل صح سمى ثمنا او لا لانه لم يبق الجهالة بعد اعلام الجنس الا في الصفة وهي
متحملة في الوكالة لان الوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل بان ينظر في حاله اذ اختلاف الصفة لا
يوجب اختلاف اصل المقصود ولا يشترط في مثله تسمية الثمن لصحة الوكالة لانه ببيان جنس الثمن
يصير معلوما عادة فصار كما لو وكله بشرا ثوب يهودي على اي صفة كان ولانا لو شرطنا الاستقصا في
الصفة والبيان في النوع ربما لا يتمكن الوكيل بالقيام بذلك وضاق الامر على الناس وحرجوا والحرج
مدفوع **قال** وبشرا عبد او دار جاز ان سمى ثمنا والا فلا لان هذه صفة جهالة متوسطة بين الجنس
والنوع وليست بفاحشة ولا يسيرة فاذا بين ثمنه علم من اي نوع مقصوده لان ثمن كل نوع من العبيد معلوم
من الناس والحق بجهالة النوع بذلك فجازت الوكالة به وان لم يبين ثمنه الحق بجهالة الجنس فلم يجز
الوكالة به وهذا لانه باعتبار منفعة العمل جنس واحد وباعتبار منفعة النظر والجمال اجناس
مختلفة فان الجمال منفعة مطلوبة من بني ادم ولهذا اجل دية الوجه من بني ادم كدية الكل لحصول
العلم بالمقصود وهو الجمال لكونه مجمع المحاسن وباعتبار هذه المنفعة يختلف التركي والهندي والسندي
والحبشي والنوبي وكذا اذا بين نوعه يجوز الوكالة به لحصول العلم بمقصوده لانه انما جازت الوكالة
اذا بين ثمنه لكونه معلوم النوع فعند التصريح بنوعه اولى ان يجوز **قال** وبشرا ثوب او دابة لا

الوكيل
وان سمى ثمنا يعني لو وكله بشرا دابة او ثوب لا يصح التوكيل وان بين ثمنه لان فيه جهالة في الجنس فلا يتمكن من
الامتثال لفاحش الجهالة لان ما من نوع يشتريه الوكيل من انواع ذلك الجنس الا ويمكن للموكل ان يقول اني عنيت
خلافه والامر بما لا يمكن الامتثال به باطل فيتحصل لنا من جميع ما ذكرنا ان الجهالة اذا كانت في الجنس لا يجوز
الوكالة به مطلقا وان كانت في النوع يجوز مطلقا وان كانت ما بينهما بان كان نوعا فان ذكر الثمن او النوع
جازت والحق بالثاني وان لم يبين الحق بالاول فلم يجز والجنس ما يدخل تحته انواع متغايرة والنوع اسم لاحد
ما يدخل تحت اسم فوقه وقيل الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين
بالشخص وقيل كل اسم ينتظم اشيا نوع باعتبار ما فوقه جنس باعتبار ما دونه بهذا الذي ذكرناه هو اذا
لم يكن فيه دلالة على العموم ولو كان فيه دلالة على العموم بان قال ابتع لي ما رايت جازت الوكالة لانه فوض
الامر الى رايه فاي شي اشتراه له يكون ممتثلا وكذا لو قال اشتر لي بالف ثيابا او دواب او اشيا او ما
شئت او ما رايت او ادنى شي حضرك او ما يوجد او ما يتفق جاز لان العموم دلالة التفويض الى رايه وكذا لو
قال اشتر لي بالف ودفع جازت الوكالة ويصير مستقرضا الالف منه ويصير البايع قابضا للامر ولا حكم
القرض ثم يصير قابضا لنفسه وكذا اذا قال جعله بضاعة لي لان لفظ البضاعة يدل على العموم وكذا لو قال
اشتر لي به ولم يزد عليه فانه يصح استحسانا لانه تفويض عام في نيته قال اشتر لي ما بدا لك او قال سلطتك
على الشرا وكذا لو قال اذنت لك ان تشتري به لما بينا **قال** وبشرا طعام يقع على البر ودقيقه اي لو وكله
بشرا طعام ينصرف الى الحنطة ودقيقها حتى لا يجوز له ان يشتري له غيرهما من الطعام والقياس ان
يتناول كل مطعوم لانه اسم له كما لو حلف لا ياكل طعاما **وجه** الاستحسان ان الطعام مقرونا بالبيع
او الشرا يراد به البر عادة ودقيقه ولا عرف فيما اذا لم يقرن بالاكل فبقي على حقيقته فيحنث باكل اي
طعام كان حتى لو حلف لا يشتري او لا يبيع طعاما لا يحنث الا بالبر لما ذكرنا وقيل ان كانت الدراهم كثيرة
فعلى البر وان كانت قليلة فعلى الخبز وان كانت بين الامرين فعلى الدقيق والفارق في ذلك العرف ويعرف
بالاجتهاد حتى اذا عرف انه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز بان كان عنده وليمة يحتاج هو جاز له ان
يشتري الخبز له لان حاله يدل على انه ما يشتريه للادخار وهو المرجح لجانب الحنطة اذ الخبز لا يحتمل
الادخار وكذا الدقيق لا يسلبه طويلا فتعين البر للادخار وهو في الكثير عادة وقال بعض مشايخ ما وراء
النهر الطعام في عرفنا ينصرف الى ما يمكن اكله يعني المهيا للاكل كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه وقال
الصدر الشهيد رحمه الله وعليه الفتوى واذا لم يدفع اليه دراهم او قال اشتر طعاما لم يجز على الامر
لانه وكله ان يشتري له مكيلا ولم يبين له مقداره وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس
من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الامر بما سمي له **قال** وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع
في يده يعني من غير امر الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها تتعلق بالوكيل دون الموكل فيستبد به
قال ولو سلمه الى الامر لا يرده لان حكم الوكالة قد انتهى بالتسليم اليه ولان في رده بغير اذنه
ابطال ملكه ويده الحقيقية فلا يتمكن منه بدون رضاه ولانه اصيل في حق الحقوق نايب في حق الحكم على
اصح الاقوال فكان لجانب ان يجانب النيابة يمنعه الرد وجانب الاصالة لا يمنعه فعملنا بجانب الاصالة
قبل الدفع الى الموكل وبجانب النيابة بعده وقد امكن العمل بهما بهذا الطريق ولو رضي الوكيل بالعيب جاز

وسقط حق الرد لما ذكرنا انه اصيل في الحقوق وهذا على قولهما ظاهر لانه يملك الابراء عن الثمن مع العيب اولى
واختلف المشايخ على قول ابي يوسف رحمه الله تعالى منهم من صحح ابراءه وفرقوا بين هذا وبين الابراء عن الثمن بان الابراء عن الثمن
يحتمل ان يكون مضرا به لاحتمال ان يكون المشتري اعسر الوكيل فاذا ابرى سقط دينه في ذمة الوكيل وهو مفلس
فيتضرر به بخلاف الابراء عن العيب لان الموكل فيه على خيار ان شاء رضي بالعيب وان شاء رده على الوكيل اذ
لا يلزم الموكل ابراؤه ولا يسقط خيار ربه وهذا لان بينهما مبادلة حكمية كان الوكيل باعه من الموكل وللوكيل حبس
الوكيل المبيع حتى يستوفي الثمن من الموكل فاسقاط حقه في العيب الاول لا يلزم منه سقوط حق من اشترى منه
قال وحبس المبيع بثمن دفعه من ماله اي للوكيل بالشراء اذا اشترى ودفع الثمن من ماله للبائع حبس المبيع
بالثمن الذي دفعه للبائع من ماله لما ذكرنا من ان المبادلة الحكمية قد جرت بينهما وصار الوكيل كالبائع والموكل
كالمشتري منه ولهذا لو وجد الموكل به عيبا رده عليه ولو اختلفا في الثمن تحالفا وسلامة المبيع له من
جهة الوكيل فيرجع عليه بثمنه ولان توكيله اياه مع علمه بان الحقوق ترجع اليه اذن منه بدفع الثمن عنه من ماله
فصار كما لو اذن صريحا فيرجع عليه ويحبس عنه المبيع حتى يدفع اليه لنزوله منزلة البائع وقوله بثمن دفعه
من ماله وقع اتفاقا لانه لو لم يدفع الثمن ايضا له ان يحبسه عنه وهذا لانه لما نزل منزلة المشتري منه اخذ
حكمه والمشتري لا يملك مزاحمه حتى يوفيه ثمنه كما لو كان بائعا له حقيقة وحقيقته ان حبس المبيع عن الوكيل للشراء لا لاجل
نقد الثمن عنه بل لاجل انه بائع له حكما وبهذا المعنى لا يختلف بين ما اذا نقد الثمن او لم ينقد وقال زفر رحمه الله
ليس للوكيل حبس المبيع عن الموكل لانه نائب عنه فيقوم مقام الموكل ويكون قبضه قبض الموكل صورة ولا
يحبس المبيع بعد القبض وهذا لان المبيع امانة في يده وليس للامين حبس الامانة بدين له على صاحبها قلنا
الموكل ملك المبيع بعقد باشره الوكيل ببدل استوجبه عليه وهذا معنى البيع فيحبسه به كما لو باعه اياه حقيقة
وقد ذكرنا ان بينهما مبادلة حكمية ولهذا يرده الموكل على الوكيل بعيب ويجري التحالف بينهما عند الاختلاف
في الثمن وهذا من خصائص البيع فكذا هذا الحكم ولا نسلم ان قبضه قبض الموكل بل قبضه يحتمل ان يكون لاجل حق
نفسه ويجوز ان يكون لتتميم مقصود الموكل فيتبين بالآخرة بحبسه انه قبض كان لحقه وبعدم الحبس كان للموكل
وقبل ذلك الامر موقوف فلا يحكم عليه بشيء ولان هذا القبض لا يمكن التحرز عنه اذ لا يقدر على القبض على
وجه لا يصير الموكل به قابضا وما لا يمكن التحرز عنه يكون عفوا فلا يسقط به حقه من غير رضاه اذ في سقوطه
ضرر عليه قال فلو هلك في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان الوكيل في الحفظ عامل
للموكل متصرفا بقضاء قبض الوكيل حكما فلما لم يمنعه منه لا يكون مستردا له فاذا هلك هلك من مال الامر فكان له
ان يرجع عليه بخلاف ما اذا حبسه عنه ثم هلك لانه صار مستردا بالحبس او تبين انه قبضه لنفسه قال
وان هلك بعد حبسه فهو كالمبيع يعني يهلك بالثمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال زفر هو كالغصب فيضمن
جميع قيمته لانه ليس له ان يحبسه عنه فبالحبس يكون متعديا كالمودع يمنع الوديعة عن صاحبها وقال
ابو يوسف هو كالرهن فيكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين لانه صار مضمونا بالحبس للاستيفاء
بعد ان لم يكن مضمونا به وهذا هو معنى الرهن بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه البائع او لم يحبسه
حقيقة ان حبسه للاستيفاء بعد ان لم يكن محبوسا به وان اصل العقد لا ينفسخ بهلاكه وهذا حكم الرهن بخلاف
البيع فان المبيع فيه يكون محبوسا من اول ما يوجد وينفسخ البيع بهلاكه ولهما ان بينهما مبادلة حكمية

بدليل ما ذكرنا من الاحكام فيكون معتبرا بالمبادلة الحقيقية وهو البيع ولا نسلم ان العقد لا ينفسخ بل ينفسخ في حق البائع
وكذا الوكيل لو رضي بالعيب ولم يرض به الموكل ينفسخ العقد بينهما وان لم ينفسخ في حق البائع والدليل على انه ليس
كالرهن انه يثبت في الصفة التشابه والحبس بحكم الرهن لا يثبت فيه قال ولو اشتراه الوكيل بثمن مؤجل
ثبت الاجل في حق الموكل ولو كان بينهما مبادلة لما ثبت كما لا يثبت في حق الشفيع ولنا ان الوكيل والموكل
يملكان المبيع بعقد واحد فما شرط فيه يلزمهما بخلاف الشفيع فانه يملكه بعقد جديد فما شرط في العقد الاول
لا يكون مشروطا في الثاني قال ويعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم دون الموكل لان المستحق
فيهما قبض العاقد والعاقد هو الوكيل فيشترط قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور
عليه لان قبضه وتسليمه صحيح وان لم يتوجه عليه المطالبة ففي حكم صحة التقابض هو كوكيل يتعلق به
حقوق العقد فاذا قبض الوكيل تم العقد لوجود شرطه وان فارقه قبل القبض بطل العقد لفوات شرطه وان
فارقه الموكل قبل القبض لا يبطل لانه ليس بعاقد بخلاف الرسول فيهما لان الرسالة حصلت في العقد لا في
القبض وكلام الرسول ينتقل الى المرسل فيكون العاقد هو المرسل فيكون قبض الرسول قبض غير العاقد فلا
يجوز وقال في النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير
كان الموكل صارف بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل وعزاه الى خواهر زاده وهذا مشكل فان الوكيل
اصيل في باب البيع حضر الموكل العقد او لم يحضر ثم ذكر فيه بعد باسطر فقال المعتبر بقاء العاقد في المجلس
وغيبة الموكل لا يتصور وعزاه الى وكالة المبسوط والطلاقة واطلاق سائر الكتب دليل على ان مفارقة
الموكل لا يعتبر اصلا ولو كان حاضرا وفي قوله يعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم اشارة الى ان
التوكيل فيهما جائز وانما جاز لانه عقد يملكه الموكل فجاز ان يوكل به كسائر انواع البياعات والاجارات
وهذا في الصرف يجري على اطلاقه فانه يجوز التوكيل فيه من الجانبين واما في السلم فانما يجوز بدفع راس
المال فقط واما باخذه فلا يجوز لان الوكيل اذا قبض راس المال بقي المسلم فيه في ذمته وهو مبيع وراس
المال ثمنه ولا يجوز ان يبيع الانسان ماله بشرط ان يكون الثمن لغيره كما في بيع العين واذا بطل التوكيل
كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته وراس المال مملوك له واذا سلمه الى الامر على وجه
التمليك منه كان قرضا قال ولو وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم
مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لزمه العشرون
بدرهم وذكر في بعض نسخ مختصر القدوري قول محمد مع قول ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل وجه
قول ابي يوسف ان هذا الخلاف الى خير لان المأمور به صرف الدرهم في عشرة ارطال من اللحم وقد صرفه فيه
مع زيادة خير فينفذ عليه كما اذا امره ان يبيع عبده بالف فباعه بالفين بخلاف ما لو اشترى ما يساوي
عشرون منه درهما بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لانه خالفه الى شر لان الامر تناول السمين
تساوي عشرة ارطال منه درهما بدرهم وجه الاول انه امره بشراء عشرة ولم يأمره بالزائد منه
فينفذ الزائد عليه والعشرة على الامر بخلاف ما استشهد به لان الزيادة فيه بدل ملكه وبخلاف ما اذا وكله
ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له ثوبين بعشرة يساوي كل واحد منهما عشرة دراهم حيث
لا يلزم الموكل واحد منهما لان ثمن كل واحد منهما مجهول اذ لا يعرف الا بالحزر وكذا المشتري للموكل مجهول

على اجزائه صح

بخلاف مسألة اللحم فانه موزون مقدر فيقسم الثمن على السواء وهو معلوم يمكن ضمنه منهما على قدر حقهما
ولا يقال هذا لا يستقيم على قول ابي حنيفة لانه لا يكون موافقا بمثله عنده هنا كما اذا امر ان يطلق امرأته
واحدة فطلقها ثنتين حيث لا يقع شيء عنده وكذا لو اختلف الشهود بمثل هذا الاختلاف لا تقبل شهادتهم
للاختلاف لان الاتفاق فيهما شرط لانا نقول ذاك فيما اذا لم يجد نفاذا على الوكيل واما اذا وجد فيقع
في ضمنه ينفذ على الامر وهذا لان الشرا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل اذا وجد نفاذا والعشرة داخلة
في العشرين فينفذ العشرين بنفاذ العشرة بخلاف ما ذكر في مسألة الطلاق والشهادة فانها لا نفاذ لها
عليه لعدم الملك ولا على الموكل لعدم الموافقة والموافقة شرط فيه **قال** ولو وكله بشرا شيء بعينه
لا يشتريه لنفسه معناه لا يتصور ان يشتريه لنفسه بل لو اشتراه ينوي بالشرا لنفسه او تلفظ بذلك
كان للموكل لان فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غائب حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح به
بانه يشتريه لنفسه كان المشتري له لان له ان يعزل نفسه بحضرة الموكل وليس له ان يعزل نفسه من
غير علمه لان فيه تغريرا له بخلاف ما اذا وكل بشرا العبد ان يشتريه له من مولاه او وكل العبد رجلا ان يشتريه
له من مولاه فاشترى حيث لا يكون للامر ما لم يصرح به للمولى انه يشتريه فيما للامر مع انه وكيل بشرا شيء بعينه
وانما كان كذلك لاختلاف حكمهما على ما سنبين من قريب ان شا الله تعالى وبخلاف ما اذا وكله ان يزوجه
امراة معينة حيث جاز له ان يتزوج بها لان النكاح الذي اتى به الوكيل غير داخل تحت امره لان الداخل
تحت الوكالة نكاح مضاف الى الموكل فكان مخالفا باضافته الى نفسه فانعزل وفي الوكالة بالشرا الداخل
فيها شرا مطلق غير مقيد بالاضافة الى احد فكل شيء اتى به لا يكون مخالفا به اذ لا تعتبر في المطلقات الا
الذات فقلنا ان الذات على اي صفة كانت فيكون موافقا بذلك حتى لو خالف مقتضى كلام الامر في جنس الثمن او قدره
كان حكمه على ما نذكر من قريب ان شا الله تعالى ولو وكله رجل اخر بان يشتري له ذلك الشيء بعينه فاشتراه
له كان للموكل الاول دون الثاني لانه اذا لم يملك الشرا لنفسه فاولى ان لا يملك الشرا لغيره **قال**
فلو اشتراه بغير النقود او بخلاف ما سمي له من الثمن وقع للوكيل لانه خالف امره فينفذ عليه فينعزل في
ضمن المخالفة وكذا لو وكل الوكيل رجلا فاشتراه وكيله وهو غائب كان الملك للوكيل الاول لما قلنا
وان اشتراه بحضرته نفذ على الموكل الاول لانه حضره رأيه وهو المقصود فلم يكن مخالفا ولانه اذا كان
حاضرا امكن نقل كلامه اليه على ما ذكرنا في النكاح بخلاف ما اذا كان غائبا بخلاف الوكيل بالطلاق او العتاق
اذا وكل غيره فطلق الوكيل الثاني او اعتق بحضرة الاول حيث لا ينفذ وان حضره رأيه لان الوكيل في
الطلاق والعتاق كالرسول فلا يتصرف من عنده شيئا بل يبلغ الرسالة فاذا تصرف غيره خالف فلا ينفذ
والوكيل في البيع والشرا بمنزلة المالك وهو اصيل فيه فله ان يتصرف ولهذا لو فعل ذلك غيره من غير
توكيل منه فاجازه الوكيل جاز وفي الطلاق والعتاق لم يجز والنكاح والخلع والكتابة كالبيع والشرا
فيما ذكرنا **قال** وان وكله بغير عينه فالشرا للوكيل الا ان ينوي للموكل او يشتريه بماله اي ان وكله بشرا
عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا اذا قال نويت الشرا للموكل او يشتريه بماله والمراد بقوله او
يشتريه بماله ان يضيف العقد اليه وفي المسألة على وجوه اما ان يضيف العقد الى دراهم معين او الى مطلق
من الثمن فان اضافه الى معين كان المشتري لصاحب ذلك الثمن لان الظاهر انه يضيف الشرا الى ماله يشتري

له وهذا لان الثمن وان كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع وتعين قدره ووصفه
ولهذا لا يطيب له الربح اذا اشترى بالدراهم المغصوبة ودينه يمنعه من ان يشتريه لنفسه باضافة العقد
الى مال الغير لان ذلك مستنكر شرعا وعادة فلا يرتكبه وقد جرى العرف فيما اذا اشترى لنفسه ان يضيف
العقد الى ماله وهو ليس بمستنكر شرعا وعرفا فيكون المشتري لمن يملك ذلك الثمن وان نوى خلاف ذلك
جريا على مقتضى العرف والشرع ثم اذا نقد من مال الموكل فيما اشتراه لنفسه يجب عليه الضمان وان اضافه الى
ثمن مطلق فلا يخلو اما ان يكون حالا او مؤجلا فان كان حالا فلا يخلو اما ان يتصادقا على وجود النية
لاحدهما او على عدمها او يختلفا فيه فان كان حالا واتفقا على وجود النية لاحدهما كان لمن نوى له لان
الثابت باتفاقهما كالثابت عيانا وان اتفقا فلا حاجة الى تحكيمهما ولا يلتفت الى النقد ولا عبرة به في هذه الحالة
لان له ان يشتري لنفسه وللموكل فاذا عينه بنيته فقد تعين ويكون بالنقد من مال الموكل غاصبا فيما
اذا نواه لنفسه وان اختلفا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة على التعيين [illegible] ولانه اضافة الشرا
اليه لان الظاهر ان يفعل ما يجوز له شرعا او يجري على عادته وان اتفقا على انه لم تحضره النية فعند محمد
رحمه الله هو للعاقد لان ما يطلقه الانسان من التصرفات يكون لنفسه فصار كالمامور بالحج اذا اطلق
ولم ينوه للمحجوج عنه وعند ابي يوسف يحكم النقد لان المطلق يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين
نقد فقد فعل ذلك المحتمل به فصار كحالة التكاذب بخلاف المامور بالحج فان الحج عبادة وهو لا يتادى الا بالنية
فكان مامورا بان ينوي الحج عن المحجوج عنه فاذا لم يفعل كان مخالفا واما المعاملات فالنية ليست بشرط فيها فلا
يصير بتركها مخالفا فبقي الحكم موقوفا على النقد والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه حتى يحكم
اولا الاضافة فيكون المسلم فيه لمن اضيف عقد السلم الى ماله ثم النية فيكون لمن نوى له بالعقد ان تصادقا على
النية وان تكاذبا يحكم النقد وان تصادقا على انه لم تحضره النية فعلى الخلاف الذي ذكرنا ومن مشايخنا
من قال لا خلاف بين ابي يوسف ومحمد في الشرا فيما اذا تصادقا على ان النية لم تحضره بل هو بالاجماع يكون للعاقد
وانما الخلاف في السلم لان النقد فيه اثر في بقا العقد فيستدل به على وقوعه لمن يقع من ماله بخلاف
الشرا فهذا القائل لابي يوسف بهذا الفرق وان كان الثمن مؤجلا فهو للوكيل لان النقود تعتبر في
الوكالة فاذا اشترى بثمن مؤجل لم يضف العقد الى ما تعلقت به الوكالة فيكون مخالفا **قال**
وان قال اشتريته للامر وقال الامر لنفسك فالقول للامر وان كان دفع اليه الثمن فالقول للمامور معناه امره
بان يشتري له عبدا بالف مثلا ثم قال المامور اشتريت لك عبدا وقال الامر اشتريته لنفسك كان
القول قول الامر ان لم يكن الثمن منقودا اليه وان كان مدفوعا اليه كان القول للمامور وهذه المسألة
على ثمانية اوجه لانه اما ان يكون مامورا بشرا عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه على وجهين اما ان يكون الثمن
منقودا او غير منقود وكل وجه على وجهين اما ان يكون العبد حيا حين اخبر الوكيل بالشرا او ميتا فان كان
مامورا بشرا عبد بعينه فان اخبر بشرائه والعبد حي قائم فالقول للمامور اجماعا منقودا كان الثمن او غير
منقود لانه اخبر عما يملك استئنافه والمخبر به في التحقق والثبوت يستغني عن الاشهاد فيصدق
كقوله لمطلقته راجعتك وهي في العدة وكذلك فان القول له وهذا بخلاف الوصي عن الولي اذا اقر
على موليته بالنكاح عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يملك انشاءه شرعا لعدم الشهود اذ هو لا يثبت

الا بشهود بخلاف الشراء فانه يقدر على انشائه شرعا بدون الاشهاد وان كان عبدا معينا حين اخبر فقال
هلك عندي بعد الشراء وانكر الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للامر لانه اخبر عما لا يملك استئنافه
لان الميت ليس بمحل لانشاء العقد فيه وغرضه الرجوع بالثمن والامر منكر فكان القول قوله وان كان الثمن منقودا
فالقول للمامور مع يمينه لان الثمن كان امانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي
امره به فكان القول له وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المامور اشتريته لك وقال الامر بل
اشتريته لنفسك فان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه يخبر عما يملك استئنافه وان لم يكن منقودا فالقول
للامر عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما القول للمامور لانه اخبر عما يملك استئنافه فيصح في المعين وعند
ابي حنيفة القول للامر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر
بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله في الخروج عن العهدة وفي ضمنه خروج العبد للامر
تبعا وكم من شيء يثبت ضمنا وتبعا وان لم يثبت قصدا وبخلاف ما اذا كان العبد معينا لانه لا يملك ان يشتريه
لنفسه بعد ذلك الثمن حال حضرة الموكل على ما بينا من قبل فحاصله ان الثمن ان كان منقودا فالقول للمامور
في جميع الصور وان كان غير منقود ينظر فان كان الوكيل لا يملك الانشاء بان كان ميتا فالقول للامر وان
كان يملك الانشاء فالقول للمامور عندهما وكذا عند ابي حنيفة في غير موضع التهمة وفي موضع التهمة القول
للامر قال وان قال بعني هذا لفلان فباعه ثم انكر الامر ان يكون فلان امره اي رجل قال لاخر بعني هذا العبد
لفلان فاني اشتريه له فباعه ثم انكر المشتري ان يكون فلان امره فقال فلان انا امرته فانه ياخذه لان قوله بعني
لفلان اقرار منه بانه وكله فاذا انكر الوكالة بعد ما صار مناقضا فلا يسمع قوله فيكون العبد للموكل قال
الا ان يقول لم امره به اي الا ان يقول فلان المشتري له لم امره بالشراء حينئذ لا ياخذه بل يكون للمشتري لان
اقرار المشتري ارتد برده والاقرار مما يرتد بالرد فينفذ على المشتري لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف
بل ينفذ على المشتري قال الا ان يسلمه المشتري اليه اي الى فلان المشتري له فيكون له بالتسليم لان
اقرار الاول قد ارتد بالرد وصار ملكا للمشتري فاذا سلمه بعد ذلك الى فلان المشتري له واخذه انعقد
بينهما بيع جديد بالتعاطي فيكون العهدة عليه لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره شيئا بغير امره
حتى لزمه ثم سلمه المشتري الى المشتري له ودلت المسألة على ان التسليم على وجه البيع يكفي لانعقاد البيع
بالتعاطي في الخسيس والنفيس وان لم يوجد نقد الثمن للعرف ولوجود التراضي به وهو المعتبر في باب المعاوضات
المالية لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض قال وان امره بشراء عبدين معينين ولم يسم ثمنا
فاشترى له احدهما صح لان التوكيل مطلق غير مقيد بثمن مقدر فيجوز ان يشتري كل واحد منهما بقدر قيمته
من الثمن او اقل او بزيادة يتغابن الناس في مثله وليس له ان يشتري بما لا يتغابن الناس فيه لان التوكيل بالشراء
ليس له ان يشتري بغبن فاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع عند ابي حنيفة على ما يجيء من الفرق بينهما له وعلى
ما اذا قدر له ثمنهما فان ذلك فيه خلاف في بعض صوره على ما يجيء وهي المسألة التي تلي هذه المسألة ولانه
قد يتعذر الجمع بينهما الا بما لا يتغابن الناس في مثله فيكون شراء احدهما حيلة لتحصيلهما فوجب القول بالنفاذ
قال وان امره بشرائهما بالف وقيمتهما سواء فاشترى احدهما بخمسمائة او اقل صح وبالاكثر لا الا ان يشتري
الباقي بما بقي قبل الخصومة اي لو وكله بشراء العبدين بالف وقيمتهما سواء فاشترى احدهما بنصف الالف

او اقل جاز الشراء وباكثر من نصف الالف لم يجز يعني لم يلزم الامر فلان الزيادة او كثرت لانه قابل الالف بالعبدين
وقيمتهما سواء فيقسم عليهما نصفين دلالة فيكون امرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ضرورة فالشراء
بخمسمائة موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وباكثر منها الى شر فلا يلزم الموكل الا ان يشتري الباقي بما
بقي من الالف قبل ان يختصما استحسانا لان غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالف قد حصل وما ثبت
الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها فلا يعتبر معه عند تعارضهما وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس في مثله وقد بقي من الالف ما يشترى
بمثله العبد الباقي فهو جائز لان التوكيل حصل مطلقا بلا تقدير ثمن كل واحد منهما بخمسمائة والمطلق يحمل
على المتعارف وهو الشراء بالقيمة او بزيادة يسيرة قدر ما يتغابن الناس فيه ولان غرضه تحصيل العبدين
بالالف فلا بد من ان يبقى من الالف قدر ما يشتري بمثله الباقي ليحصل غرضه قال وبشراء هذا بدين له
عليه فاشترى صح ولو غير عين بعد على المامور اي لو كان له دين على شخص فوكل الدائن المديون بان يشتري له
هذا العبد بذلك الدين فاشترى جاز ولزم الموكل ولو وكله بشراء عبد غير معين فاشترى لا يكون للامر
بل ينفذ على المامور حتى لو مات المامور مات من مال المامور والالف عليه فان قبضه الامر فهو له وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو لازم للامر في الوجهين وعلى هذا اذا قال الدائن للمديون اسلم الدين الذي
عليك الى فلان جاز وان لم يعين فلانا لم يجز عنده وعندهما يجوز كيفما كان وكذا لو امره بان يصرف ما عليه
من الدين واصله ان التوكيل بالشراء اذا اضيف الى الدين لا يصح عند ابي حنيفة اذا لم يكن البائع او المبيع متعينا
وعندهما يصح كيفما كان لهما ان النقدين لا يتعينان في المعاوضات عينا كانا او دينا ولهذا لو اشترى
بالف درهم على المشتري ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل الشراء ويجب مثله فاذا لم يتعين صار الاطلاق والتقييد
به سواء كما في غير الدين حتى اذا وكله بان يشتري له عبدا او لم يعين الالف ولا البائع ولا المبيع جاز التوكيل
فكذا هذا فصار كما لو قال تصدق بما لي عليك من الدين على المساكين فانه يجوز وكذا لو امر مستاجرا باجرة
معلومة وامر المستاجر بالمرمة من الاجرة او تجديد ابنيته وامر المستاجر ان يشتري بالاجرة عبدا يسوق
الدابة وينفق على الدابة فصار نظير ما لو كان البائع او المبيع متعينا ولابي حنيفة ان النقود تتعين
في الوكالات ولهذا لو قيدها بالعين منهما او بالدين منهما ثم هلك العين واسقط الدين بطلت الوكالة فاذا
تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز الا اذا وكله بقبضه له ثم بقبضه
لنفسه وتوكيل المجهول لا يجوز فكان باطلا كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا بصرف ما لا
يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط ما لي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه
يصير وكيلا عنه بالقبض وهو معلوم فيصح لتعينه فيصير البائع اولا قابضا له ثم يتملكه وبعين المبيع
يعين البائع فكان به معلوما وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل ما لله تعالى وهو معلوم ولان
الفقير يتسبب نائبا عن الله تعالى وقبضه والله تعالى محيط بكل شيء علما فيكون الفقير الذي يقبضه له
معلوما فيصح واما مسألة الحمام ونحوها فقيل هو قولهما ولئن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة
لان المستاجر لا يجد الاجرة في كل وقت فاقيم الحمام مقام الموجر في القبض واما مسألة التصادق
بان لا دين عليه بعد الشراء فلان النقود لا تتعين في البيع دينا كانت او عينا فاذا لم يتعين لا يبطل البيع

ببطلان الدين اذ لم يتقيد به بخلاف الوكالة فان النقود تتعين فيها وكلامنا فيها وذكر في النهاية ان
النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عند عامتهم لان الوكالة وسيلة الى الشرا
فتعتبر بالشرا وعزاه الى الزيادات والذخيرة وعلى هذا لا يلزم منهما ما قاله ابو حنيفة والتعليل الصحيح ان يقال
ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز وتوكيله وانما جاز في المعين لكونه امرا له بالقبض ثم
بالتمليك لا توكيلا للمدين بالتمليك وان لم يكن معينا لا يصح الامر للمجهول فكان توكيلا للمدين بالتمليك في الاسلام
والشرا والصرف فلا يجوز لما ذكرنا فاذا لم يصح التوكيل عنده نفذ الشرا على المامور حتى اذا هلك قبل القبض هلك
من ماله الا اذا قبضه الامر منه فحينئذ ينعقد البيع بينهما بالتعاطي فيكون للامر قال وبشرا امة اي
وكله بشرا امة بالف ودفع فاشترى فقال اشتريت بخمسمائة وقال المامور بالف فالقول للمامور يعني اذا
كانت الامة تساوي الفا لانه امين ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر يدعي عليه حق الرجوع بخمسمائة
والمامور ينكر فكان القول قوله وان كانت تساوي خمسمائة لا يلزم الامر لانه خالف امره اذ الامر تناول
امة تساوي الفا فيتعين على المامور ولان فيه غبنا فاحشا فلا يلزم الامر لان المامور لا يملك ان يخالف الامر
ولا ان يشتري بغبن فاحش ولا فرق في ذلك بين ان يشتريها بالف او بخمسمائة لما ذكرنا انه يخالف قال
وان لم يدفع فللآمر اي ان لم يدفع الامر الالف الى المامور والمسألة بحالها فالقول للامر ويلزم الامة المامور
وهذا فيما اذا كانت قيمة الامة خمسمائة فظاهر لما ذكرنا من المخالفة والغبن الفاحش وان كانت قيمتها
الفا فمعناه انهما يتحالفان لانهما اختلفا في مقدار ما يجب للوكيل على الموكل وقد جرى بينهما مبادلة حكمية
على ما بيناه من قبل ثم اذا حلفا ينفسخ العقد بينهما ويلزم الجارية المامور لانفساخ ملك الامر بالفسخ قال
وبشرا هذا اي وكله بشرا هذا العبد ولم يسم ثمنا فقال المامور اشتريته بالف وصدقه البائع وقال
الامر بنصفه وهو خمسمائة تحالفا لانهما اختلفا في مقدار الثمن وليس لهما بينة فوجب المصير الى التحا
لف كما في المسألة الاولى وقيل لا يتحالفان هنا لان الخلاف يرتفع بتصديق البائع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما
بمنزلة انشا العقد في الحال وفي المسألة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف والى هذا مال الفقيه ابو جعفر
وقال قاضي خان وهو اصح ومال ابو منصور الى الاول لما ذكرنا وقول البائع لا يعتبر لانه ان استوفى
الثمن فهو اجنبي عنهما وان لم يستوف فهو اجنبي عن الامر فلا مدخل له بينهما وقال في الهداية وهو اظهر
وقال في الكافي هو الصحيح وقد نص محمد في الجامع الصغير ان القول للمامور مع يمينه قالوا ومراده
التحالف لانه ذكر يمين الوكيل لان الوكيل هو المدعي ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف فكان المقصود
بالتحالف يمين المدعي دون المنكر اذ ذاك لا بد منه والموكل بمنزلة المشتري وهو منكر ولولا مراده التحالف
لكان القول قول الامر لكونه منكرا فان باخذ المبيع بما ادعى من الثمن اذا حلف ولم يذكر يمين المامور هكذا ذكره
المشايخ رحمهم الله الا ان فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك
ولا على الاول فان قوله ان القول للمامور مع يمينه يدل على ان المامور يصدق فيما قال وفي التحالف لا
يصدق واحد منهما ولو كان مراده التحالف لما قال ذلك وهذا فيما اذا اتفقا على انه امره ان يشتريه
له بالف وان اختلفا فيه فقال الامر امرتك ان تشتريه لي بخمسمائة وقال المامور امرتني بالشرا بالف
فالقول قول الامر مع يمينه لان الامر يستفاد من جهته فكان القول قوله ويلزم العبد المامور لمخالفته

الف نخ

فان

فان اقاما البينة فالبينة بينة الوكيل لانها اكثر اثباتا قال وبشرا نفس الامر من سيده بالف ودفع فقال
لسيده اشتريته لنفسه فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيده وان قال اشتريته فالعبد للمشتري والالف لسيده
اي لو وكل العبد رجلا بشرا نفسه من سيده بالف والامر هو العبد ودفع الالف الى الوكيل فقال الوكيل لسيده
وقت الشرا انا اشتري عبدك لنفسه فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيده وان قال الوكيل اشتريه ولم يبين انه
يشتريه لنفس العبد كان العبد ملكا للوكيل وهو المشتري والالف الذي اخذه من العبد ودفعه الى الوكيل كان
للمولى فيهما مجانا ويجب على المشتري وعلى المعتق الالف واصله ان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال وشرا العبد نفسه
قبول الاعتاق ببدل لان اعتباره بيعا حقيقة غير ممكن اما لان العبد ليس باهل للملك ولا يستحيل ان يملك نفسه
فجعل مجازا عن الاعتاق لوجود ازالة الملك فيه كالبيع فاذا اشتراه الوكيل للعبد صار البائع معتقا فلزمه
الولاء والوكيل بالقبول سفير ومعبر عنه فلا ترجع الحقوق اليه واذا اطلق الوكيل ولم يبين للمولى انه يشتريه لنفس
العبد يقع العقد للوكيل لان ظاهر هذا اللفظ للبيع فلا يعدل عنه الى العتق بغير علم المولى ولعله لا يرضى به لما فيه
من لزوم ولائه وعقل جنايته فلا يكون الشرا للعبد بخلاف الوكيل من غير العبد حيث يدخل في ملك الموكل بالشرا من غير ان
يبين للمولى انه يشتريه لموكله لان حكم العقد فيه لا يختلف بين ان يكون له او لموكله اذ الكل بيع والوكيل اصل فيه في الحقوق
حتى يتعلق به الحقوق في الحالين ولا يحتاج فيه الى البيان وهنا احدهما اعتاق معقب للولاء ولا يتعلق به الحقوق
بالوكيل والاخر بيع واحكامه خلاف العتق فلا يدل رضاه باحدهما على الرضا بالاخر فلا بد من البيان فاذا لم يبين
ثبت الملك للوكيل والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري او على العبد اذا عتق الف مثلها ثمنا او بدلا للعتق
لان الاول قد بطل لاستحقاق المولى ما اداه بجهة اخرى وهو انه كسب عبده فان كان ملكه قبل الشرا او قبل العتق فلا
يصلح ملكه بدلا عن ملكه ثم اذا لم يبين يرجع المولى بالثمن على الوكيل لانه العاقد والمالك للعبد فترجع الحقوق اليه
وان بين انه يشتريه للعبد فقد ذكر محمد في باب الوكالة بالعتق من كتاب الوكالة ان العتق يقع والمال على العبد
دون الوكيل وذكر في وكالة الماذون والمكاتب من كتاب الوكالة وفي وكالة الجامع الكبير ان العبد يعتق
والمال على الوكيل لان توكله بشرا العبد للعبد كتوكله بشرائه لغيره فيطالب ببدله الوكيل والصحيح الاول لان
وكيل العبد في العتق سفير ومعبر ولفظ البيع يكون مجازا عن العتق لتعذر اعتبار معنى البيع حقيقة ولهذا لا
يستغني عن اضافته الى العبد الامر له فلا يتعلق بالوكيل حقوقه فيطالب الامر كما اذا كان الامر ببيع العبد
العبد هو المولى حيث يكون الطلب بالبدل الى المولى دون الوكيل لما قلنا قال وان قال العبد اشتر لي نفسك
من مولاك فقال للمولى بعني نفسي لفلان ففعل فهو للامر وان لم يقل لفلان عتق اي اذا قال رجل لعبد اشتر لي
نفسك من مولاك فقال العبد لمولاه بعني نفسي لفلان فباعه المولى على هذا الشرط كان العبد ملك الامر وان
اطلق العبد بان قال بعني ولم يقل لفلان يعتق واصله ان العبد يصلح ان يشتري نفسه لنفسه ولغيره بطريق
الوكالة لان جواز الشرا باعتبار المالية والعبد اجنبي عن نفسه في حكم المالية الا ان البائع لا يملك حبس العبد
حتى يستوفي البدل لان العبد في يد نفسه فيكون قابضا لنفسه بمجرد العقد كالمودع اذا اشترى الوديعة لا
يكون للبائع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سوا اشتراه لنفسه او لغيره اذا ثبت هذا نقول اذا اضاف
العقد الى الموكل كان ملكا للموكل واذا اضاف الشرا الى نفسه بان قال بعني نفسي لنفسي عتق لما ذكرنا ولا يقال ان العبد
وكيل بشرا شي معين فوجب ان لا يجوز له شراؤه لنفسه لانا نقول انه جنس اخر من التصرف لان بيع العبد من نفسه

لين

نفس مر

اعتاق على مال وشراؤه قبولا لعتق فيكون مخالفا فينفذ عليه لانا لو كان شراه شيئا معينا ينفذ عليه عند المخالفة على
ما بينا من قبل وان اطلق بان قال بعني نفسي ولم يقل لي ولا لفلان عتق ايضا لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع
امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه ولا يقال ان البيع حقيقة فيه والعتق مجاز فينبغي ان يحمل على الحقيقة
عند التردد اذ الحمل على الحقيقة هو الاصل باتفاق العلماء لانا نقول الاصل ان الانسان ان يتصرف لنفسه فيعارض
الاصلان فتساقطا فرجع الى غرض المولى فانه لما احتمل التصرفان فالظاهر ان المولى يريد الاعتاق اذ بيع العبد
من نفسه مطلقا اعتاق واقتصاره على اضافته الى العبد دليل عليه ولا يرضى بخروجه عن ملكه الا الى الحرية
ليثبت له الولاء عليه ثم الثمن هنا يكون في ذمة العبد في الوجهين دون ذمة الامر اما اذا وقع الشراء له فظاهر
واما اذا وقع للامر فلانه هو المباشر للعقد فيرجع اليه الحقوق فيطالب بالثمن ويرجع به هو على الامر ولا
يقال العبد هنا محجور عليه والوكيل اذا كان محجورا عليه لا ترجع الحقوق اليه لانا نقول زال الحجر هنا بالعقد
الذي باشره مقترنا باذن المولى ثم اذا كان الشراء للامر فلا بد من قبول العبد لانه بيع فلا ينعقد الا بالايجاب
والقبول وان وقع للعبد حتى يقول المولى بعت ولا يحتاج فيه الى قبول العبد بعد قوله بعني نفسي لانه اعتاق
فيستبد به المولى بناء على ان الواحد يتولى طرفي العقد في العتق كالنكاح ولا يتولى طرفي العقد في البيع ٥

فصل **قال** الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له وكذا المثال قرابة
الولاد واحد الزوجين للاخر وعبده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا
من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة فيه لان الاملاك متباينة والمنافع منقطعة فصار كالمضا
بخلاف عبده ومكاتبه لان ملك ملك له وله في مال المكاتب حق وينقلب حقيقة بالعجز فيكون بيعا من نفسه
او تمكنت شبهة وبخلاف الغبن الفاحش ولابي حنيفة رحمه الله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات
وهذا من مواضعها لان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فلا يجوز ولهذا لا تقبل شهادته
لهم وتباين الاملاك لا يمنع الاتصال من وجه اخر بخلاف المضاربة لان المضارب كالمتصرف لنفسه
من وجه الا ترى ان رب المال لا يملك نهيه عن التصرف بعد ما صار المال عروضا وانه شريكه في الربح
فلا تلحقه التهمة في البيع بمثل القيمة لانه بمنزلة من يبيع مال نفسه على انه عند بعضهم هو كالوكيل فيجوز
فيهما البيع بمثل القيمة وعلى هذا لنا ان نمنع قالوا هذا اذا لم يطلق له الموكل واما اذا اطلق له بان قال
له بع ممن شئت فحينئذ يجوز بيعه لهم بمثل القيمة وذكر في النهاية ان الوكيل بالبيع اذا باع ممن
لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع
وان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة فعن ابي حنيفة روايتان
في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته
على هذا التفصيل الا انه اذا كان بمثل القيمة يجوز هنا عنده باتفاق الروايات وفي الوكيل روايتان وقد بينا
الفرق على احديهما وعلى هذا الخلاف الاجارة والصرف والسلم ونحوها **قال** ويصح بيعه بما قل او كثر
وبالعرض والنسيئة يعني الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير الى اخره وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد والشافعي لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس في مثله ولا يجوز الا بالدراهم حالة او الى اجل متعارف
لان مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف والتصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف

البيع بثمن المثل وبالنقود حالة او مؤجلة باجل متعارف بين الناس وبيع ما يساوي [الفا] بعشرة الى مائة سنة غير
متعارف بالمعتاد ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الاضحية والفحم والجمد بايام الحاجة من تلك السنة ولان البيع
بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو صدر من المريض اعتبر من الثلث ولا يملكه الاب والوصي
فصار كالوكيل بالشراء والبيع بالعرض شراء من وجه فلم يتناوله ولا بالهبة فلا يدخل تحت الامر بالبيع ولابي حنيفة
ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة وهذا لان البيع هو مبادلة المال بالمال
مطلقا من غير تقييد بنقد او بقيمة والبيع بالغبن الفاحش او بالعرض او بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما
ينفي ذلك متناول له وافضى به دين او للنفقة ونحو ذلك متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتضجر
من العين فلم يخرج من ان يكون بيعا في العرف ولا في الحقيقة ولهذا لو حلف لا يبيع يحنث به ويستحق الكل
بالشفعة واليمين ينصرف الى المتعارف كالوكالة ولا شفعة في الهبة وانما لا يملكه الاب والوصي لان
ولايتهما مقيدة بشرط النظر ولا نظر في الغبن الفاحش وحق الورثة تعلق بالمالية في مرضه فلا يكون له
ابطاله فيما زاد على الثلث والوكيل بالشراء متهم لاحتمال انه اشتراه لنفسه ولما راى الصفقة خاسرة
نسبها اليه ولا يمكن ذلك في البيع فلا يتهم والمسائل المستشهد بها ممنوعة على قول ابي حنيفة والمقايضة
بيع من كل وجه شراء من كل وجه لان كل واحد منهما يبيع ماله ويشتري مال الاخر ولا تهمة فيه لعدم احتمال
الشراء لنفسه فيجوز بالقليل والكثير بخلاف الوكيل بشراء شيء بعينه حيث لا يكون له ان يشتريه للموكل بالغبن الفاحش
وان كان لا يملك شراءه لنفسه لانه بالمخالفة فيكون مشتريا لنفسه فكانت التهمة فيه باقية والوكيل بالنكاح
اذا زوجه باكثر من مهر مثلها جاز لعدم التهمة **قال** ويعقد شراؤه بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس
في مثلها وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين اي يعقد شراء الوكيل بمثل القيمة حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش
وهذا بالاجماع والفرق لابي حنيفة قد ذكرناه وفرق اخر ان امره بالبيع يلاقي ملك نفسه وفي الشراء املاك
غيره وله في ملك نفسه ولاية مطلقة فاعتبر اطلاقه وليس له ولاية في ملك غيره فلم يعتبر فحملناه على الخصوص
وهو الشراء بالنقد وبمثل القيمة فيتقيد بهما ولان اعتبار الاطلاق في الشراء غير ممكن فوجب حمله على ما
ذكرنا لانه لو لم يحمل عليه لاشتراه بجميع ما يملكه الموكل وزيادة فيلحقه بذلك ضرر عظيم والوكيل بالبيع لا
يقدر على ذلك فامكن اعتبار الاطلاق لا مرفقه فافترقا وهذا المسألة ان يشتري بمكيل وموزون غير العين
دينا في الذمة لان التوكيل بالشراء يتقيد بالمتعارف وهو الشراء بالعين وقال زفر له ذلك حتى لو اشتراه
به ينفذ على الموكل لانه شراء من كل وجه اذا الموصوف منه ثمن بخلاف ما اذا كان معينا ثم قدر الغبن اليسير
هنا بما يدخل تحت تقويم المقومين وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فاحش لان القيمة تعرف بالحزر والظن
بعد الاجتهاد فيعذر فيما يشتبه لانه يسير لا يمكن الاحتراز عنه ولا يعذر فيما لا يشتبه لفحشه ولامكان
الاحتراز عنه لانه لا يقع في مثله عادة الا عمدا وقيل حد الفاحش في العروض نصف عشر القيمة وفي
الحيوان عشر القيمة وفي العقار خمس القيمة وفي الدراهم ربع عشر القيمة لان الغبن يحصل لقلة الممارسة
في التصرف فكلما كانت الممارسة فيه اقل كان الغبن فيه اكثر معنى عن التفاوت بحسب الممارسة والصحيح الاول
وفي النهاية جعل هذا القدر معفوا وهو خلاف ما ذكره صاحب الهداية والكافي وقيل لا يتحمل الغبن
اليسير ايضا وليس شيء هذا كله اذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين واما

اذا كان معروفا فاما الخبز واللحم والموز والجبن لا يتحمل فيه الغبن وان قل ولو كان فلسا واحدا **قال**
ولو وكله ببيع عبد فباع نصفه صح عند ابي حنيفة لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجوز مطلقا مجتمعا
ومتفرقا فصار كما لو وكله ببيع المكيل والموزون ولانه لو باع كله بهذا القدر من الثمن جاز عنده فبيع النصف به
اولى ان يجوز وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز لان فيه ضرر الشركة وهو غير معتاد اذ هو عيب والتقييد بالعرف
فلا يدخل تحت الامر المطلق فلا يجوز الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع
وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فيتبين ذلك ببيع الباقي قبل نقضه بخلاف
المكيل والموزون لانه لا ضرر في تبعيضه ولا ينقص قيمته بذلك قلنا ضرر الشركة اهون من ضرر بيع الكل بنصف
الثمن وقولهما استحسان والقياس ما قاله ابو حنيفة **قال** وفي الشراء يتوقف ما لم يشتر الباقي اي
في الوكيل بشراء العبد اذا اشترى نصفه يتوقف شراؤه فاذا اشترى باقيه قبل ان يختصما لزم الموكل والا لزم
الوكيل وهذا بالاجماع لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان العبد بين جماعة فلم يقدر على
شرائه دفعة واحدة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا حتى يشتري الكل فاذا اشترى الكل قبل رد الامر الشراء
تبين انه وسيلة فينفذ على الامر وان لم يشتر حتى رد الشراء نفذ على المامور بخلاف بيع العبد عند ابي حنيفة
رحمه الله على ما ذكرنا والفرق بينهما ان الشراء يتحقق فيه التهمة دون البيع على ما مر بيانه ولان الامر بالبيع يصادف
ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه الاطلاق والتقييد
متوقف على شراء الباقي ولا يقال ان الشراء لا يتوقف بل ينفذ على المشتري فكيف يمكن القول بالتوقف لانا
نقول انما لا يتوقف اذا وجد نفاذا على العاقد واما اذا لم يجد فيتوقف كشراء العبد والصبي المحجور عليهما
لغيرهما بغير امره فانه يتوقف على اجازة من اشترى له لانه لم يجد نفاذا على المشتري فكذا هنا شراء النصف
لا ينفذ على الوكيل لعدم النفاذ عليه لانه انما ينفذ عليه اذا كان مخالفا من كل وجه ولا على الامر لانه لم يوافق
امره من كل وجه فقلنا بالتوقف فان اشترى باقيه لزم الامر والا لزم المامور ولا فرق فيه بين الموكل بشراء
عبد بعينه او بغير عينه فلو اعتقه الامر في زمن التوقف نفذ عتقه عند ابي يوسف ولا ينفذ عتق المامور
وعند محمد بالعكس لانه قد خالف فيما امره به وانما يتوقف عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري
الباقي فيرتفع الخلاف فقبل ان يشتري بقي مخالفا واذا اعتقه الامر لم ينفذ وابو يوسف يقول ان العقد
موقوف على اجازة الموكل الا ترى انه لو اجاز صريحا نفذ عليه والاعتاق اجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ
اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا معينا فلا يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على اجازته فلا ينفذ
اعتاقه هكذا ذكر في النهاية معزيا الى الايضاح **قال** ولو رد المشتري المبيع على الوكيل بعيب ببينة او
نكول رده على الامر وكذا باقرار فيما لا يحدث مثله لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول
لعدم ممارسته المبيع فلزم الامر واقراره ليس بحجة على الموكل وانما رده عليه اذا رد عليه باقرار في
عيب لا يحدث مثله لان القاضي يعلم ان العيب كان عند البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى الاقرار ولا
الى البينة والنكول وحاصله ان العيب لا يخلو اما ان لا يحدث مثله كالسن الزائدة والاصبع الزائدة
او يكون حادثا لكنه لا يحدث مثله في مثل تلك المدة او يحدث في مثلها فان كان غير حادث رده القاضي
بغير حجة من بينة او نكول او اقرار وكذا اذا كان حادثا لكنه لا يحدث في مثل هذه المدة رده القا

ضي

بغير بينة ولا نكول ولا اقرار لعلمه بكونه عند البائع وتاويل اشتراط البينة او النكول والاقرار في الكتاب
ان الحال قد يشتبه على القاضي بان لا يعرف تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج ليظهر التاريخ او كان عيبا
لا يعرفه الا الاطباء او النساء وقولهم حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها للرد حتى لو كان القاضي
عاين البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج الى شيء منها وان كان عيبا يحدث مثله في تلك المدة ان كان ببينة
او نكول لان البينة حجة مطلقة وكذا النكول حجة في حقه فرده عليه في هذه المواضع كما رد القاضي
على الوكيل يكون ردا على الموكل وان رده عليه في هذا النوع باقرار بقضاء القاضي لا يكون ردا على الموكل لان الاقرار
حجة قاصرة فلا يتعدى بخلاف ما اذا كان مما لا يحدث مثله ولكن له ان يخاصم الموكل فيرده عليه ببينة او
نكوله وان رده عليه باقراره برضاه من غير قضاء فليس له ان يرده على الموكل لانه اقالة وهي بيع جديد في حق
ثالث والموكل ثالثهما بخلاف ما اذا رده عليه باقراره بقضاء قاض لان الرد حصل بالقضاء فكان مكرها فانعدم
التراضي وهو شرط في المعاوضة المالية فجعل فسخا في حق الكل ولكن الفسخ استند الى دليل قاصر وهو
الاقرار فعملنا بهما فمن حيث ان الرد فسخ كان للوكيل ان يخاصم الموكل ومن حيث انه استند الى دليل قاصر
لزم الوكيل الا ان يقيم حجة على الموكل وان كان العيب غير حادث او كان حادثا الا انه لا يحدث مثله في
تلك المدة فرده على الوكيل باقراره بغير قضاء لزم الوكيل وليس له ان يخاصم الموكل في عامة روايات المبسوط
وذكر في البيوع انه يكون ردا على الموكل لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي لو رفع اليه اذ لا يكلفه القاضي
على اقامة البينة ولا على الحلف في هذه الصورة بل يرده عليه بلا حجة فان الحق متعين في الرد قلنا الرد بالتراضي
بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما ولا نسلم ان الحق متعين في الرد بل يثبت حقه اولا في وصف السلامة
ثم اذا عجز ينتقل الى الرد ثم اذا امتنع الرد بحدوث العيب او بزيادة حدثت فيه ينتقل الى الرجوع بالنقصان
فلم يكن الرد متعينا ومحمد ذكر الروايتين في شروح الجامع الصغير وغيرها وبين الروايتين تفاوت كثير
لان فيه نزولا من اللزوم الى الاخاصم بالحيلة وكان الاقرب ان يقال لا يلزمه ولكن له ان يخاصم **قال**
رحمه الله وان باع نسيئة فقال الامر امرتك ببيعه بنقد وقال المامور اطلقت فالقول للامر اي اذا وكل بالبيع فباع
نسيئة فقال له الموكل امرتك ان تبيعه بنقد وقال الوكيل امرتني ببيعه مطلقا ولم تقل شيئا كان القول
قول الموكل لان مبنى الوكالة على التقييد حتى لا يصح بدون بيان النوع بعد الجنس او الثمن الا ترى انه لو قال
وكلتك ان تشتري لي دابة لا يصح ولو قال وكلتك في مالي ليس له الا الحفظ فاذا كانت مبناها على
التقييد وهو يستفاد من جهة الامر كان القول له كما اذا انكر الامر اصلا **قال** وفي المضاربة
للمضارب اي باع المضارب نسيئة فقال رب المال امرتك ان تبيعه بنقد وقال المضارب اطلقت كان
القول للمضارب لان الاصل في المضاربة الاطلاق والعموم الا ترى انه يملك التصرف بالمعتاد من شراء
وبيع وابضاع وتوكيل واستئجار وايداع بذكر لفظ المضاربة فقامت الدلالة على الاطلاق فمن
ادعاه فيما كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول له لان الظاهر يشهد له بخلاف ما اذا ادعى
رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع اخر حيث يكون القول لرب المال لسقوط الاطلاق
باتفاقهما فاشبهت الوكالة التي ليست فيها شائبة الشركة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا
ونسيئة الى اجل متعارف عندهما والى اي اجل كان عنده بخلاف المضاربة حيث يتقيد باجل متعارف

بين التجار على ما يجيء في موضعه إن شاء الله تعالى. قال: ولو أخذ الوكيل بالثمن رهنا فضاع أو كفيلا
فتوي عليه لا يضمن، أي الوكيل بالبيع لا يضمن ذلك لأنه أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها
والكفالة وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما، ولأن قبض الرهن قبض الثمن من وجه حيث إنه قام مقامه
ثم الثمن كان أمانة في يده بعد القبض فكذا الرهن، بخلاف الوكيل بقبض الدين حيث لا يملك أخذ الرهن
ولا الكفيل لأنه يقبض نيابة عن الآمر ولهذا لا يملك الإبراء ويملك الآمر منعه، ولا كذلك الوكيل بالبيع
ولولا أنه أصيل فيه لكان مثله. وفي النهاية المراد بالكفالة هنا الحوالة لأن التوى لا يتحقق
في الكفالة، وقيل الكفالة على حقيقتها فإن التوى يتحقق فيها بأن مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين، وهذا
كله ليس بشيء لأن المراد هنا توى مضاف إلى أخذه الكفيل حيث إنه لو لم يأخذ كفيلا لم يتو دينه
كما في الرهن، والتوى الذي ذكره هنا غير مضاف إلى أخذه الكفيل بدليل أنه لو لم يأخذ كفيلا أيضا
لتوى بموت من عليه الدين، وحمله على الحوالة فاسد لأن الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه
مفلسا بل يرجع به على المحيل وإنما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة، والأوجه أن يقال المراد
بالتوى توى يضاف إلى أخذ الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة إلى الحاكم يرى براءة الأصيل عن الدين بالكفالة
ولا يرى الرجوع على الأصيل بموته مفلسا مثل أن يكون القاضي مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا. قال:
ولا يتصرف أحد الوكيلين وحده لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما، ولو كان البدل مقدرا لأن تقديره
لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة والنقصان وفي اختيار البائع والمشتري ونحو ذلك، وهذا في تصرف
يحتاج فيه إلى الرأي وأمكن اجتماعهما فيه وكان توكيلهما بلفظ واحد، وأما ما لا يحتاج فيه إلى الرأي
كالطلاق والعتاق بغير عوض أو لا يمكن الاجتماع فيه كالخصومة جاز لأحدهما أن يتصرف فيه دون
صاحبه، وكذا إذا كان توكيلهما على التعاقب جاز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف لأنه رضي برأي كل واحد
منهما على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير ذلك، بخلاف الوصيين إذا أوصى إلى كل واحد منهما على
حدة حيث لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف في الأصح لأن وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا
وصيين جملة واحدة، والوكالة حكمها يثبت بنفس التوكيل فإذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استبد
كل واحد منهما بالتصرف، وإذا وكلهما بكلام واحد لا ينفرد به أحدهما وإن كان أحدهما حرا بالغا عاقلا
والآخر عبدا أو صبيا محجورا عليه لما ذكرنا، ولو باع أحدهما بحضرة صاحبه فإن أجازه صاحبه جاز
وإلا فلا، ولو كان غائبا فأجازه لم يجز في قول أبي حنيفة، وإن مات أحدهما أو ذهب عقله لم يجز للآخر
أن يتصرف وحده لعدم رضاه برأيه وحده. قال: إلا في خصومة وطلاق وعتاق بلا بدل ورد
وديعة وقضاء دين، لأن في هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي، والخصومة إن كان يحتاج فيها إلى
الرأي لكن اجتماعهما في التكلم في مجلس القاضي متعذر لأنه يؤدي إلى التلبيس على القاضي وإلى الشغب
والرأي يحتاج إليه سابقا على الخصومة، ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة عند عامتهم
لأنه لم يتعلق بسماعه الخصومة وهو ساكت فائدة، وطلاق الزوجة والعتق بلا بدل لا يحتاج فيه إلى
الرأي إلا إذا قال طلقاها إن شئتما أو جعل أمرها بأيديهما حيث يكون تفويضا فيقتصر على المجلس
لكونه تمليكا أو يكون تعليقا فيشترط فعلهما لوقوع الطلاق لأن المعلق بشيئين لا ينزل عند وجود

أحدهما، وعلى هذا لو طلقاها جميعا ليس لأحدهما أن يطلقها وحده ولا يقع عليها طلاق أحدهما، ولو قال
طلقاها جميعا ثلاثا فطلقها أحدهما طلقة والآخر طلقتين لا يقع، ورد الوديعة لا يحتاج فيه إلى الرأي
فرد أحدهما كردهما، بخلاف ما إذا وكلهما باستردادها حيث ليس لأحدهما أن يقبض دون صاحبه لأن اجتماعهما
فيه ممكن وللموكل فيه غرض صحيح لأن حفظ اثنين خير من حفظ واحد، فإذا قبضه أحدهما ضمن كله
لأنه قبض بغير إذن المالك إذ أمرهما وهما مجتمعين لا منفردين فلم يكن مأمورا في حالة الانفراد بقبض
شيء منه، وقضاء الدين مثل رد الوديعة واقتضاؤه مثل استرداد الوديعة. قال: ولا يوكل إلا بإذن
أو باعمل برأيك، أي لا يوكل الوكيل فيما وكل فيه إلا أن يأذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك لأنه رضي برأيه
ولم يرض برأي غيره، ولأن المفوض إليه التصرف دون التوكيل به فلا يملكه بدونه كالمفوض إليه، بخلاف الوكيل
في الحقوق حيث يملكه بغير إذن الموكل لأنه أصيل فيه، ولهذا لا يملكه الموكل ولا نهيه عنه ويملكهما فيما
فيه فلا يملك التوكيل دون رضاه، فإذا فوض إليه ووكل الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يكون للأول أن يعزله
ولا ينعزل بموته وينعزل بموت الموكل، وهو نظير استخلاف القاضي حيث لا يملكه إلا بإذن الخليفة ثم
لا ينعزل بعزل القاضي الأول ولا بموته وينعزل بعزل الخليفة لهما لكن لا ينعزل بموته، والفرق
أن الخليفة عامل للمسلمين فلا ينعزل به القاضي الذي هو ولاه القاضي بإذنه، والموكل عامل لنفسه
فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه. قال: فإن وكل بلا إذن الموكل فعقد بحضرته أو باع أجنبي فأجاز
صح، أي إن وكل الوكيل بغير إذن الموكل فعقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول أو عقد أجنبي فأجاز الوكيل
الأول جاز فيهما لأن مقصود الموكل حضور رأيه وقد حصل، وكذا لو عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل
الأول جاز من غير إجازة منه لأن المقصود وهو حضور رأيه قد حصل بنفس العقد بإذنه، ولو قدر الأول
الثمن للثاني جاز عقده في غيبته لحصول المقصود باستعمال رأيه في تقدير الثمن، بخلاف ما إذا وكل
وكيلين وقدر لهما البدل حيث لا يجوز لأحدهما أن يتصرف بدون صاحبه لأن تقديره لا يمنع استعمال
الرأي في نقصانه في الشراء وفي الزيادة في البيع وفي اختيار من يعامله وهو مقصوده ظاهرا لأنه
فوضه إليهما مع تقدير البدل فيدل عليه، بخلاف ما إذا كان المأمور واحدا لأن غرضه استعمال رأيه في
معظم الأمر وهو تقدير البدل وقد حصل، وهذا لأن المقصود في الوكالات الاسترباح عادة وهو
زيادة البدل وقد حصل بتقدير البدل وما عداه كالفضلة فلا يكون مقصودا بالتوكيل. واختلفوا في
العهدة فيما إذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الأول، فذكر البقالي في فتاويه أن الحقوق تتعلق بالأول
وكذا ذكر المحبوبي أيضا لأن الموكل رضي بلزوم العهدة للأول دون الثاني، وذكر الأصل والعيون أن الحقوق
ترجع إلى الثاني لأنه هو العاقد والعقد هو السبب للزوم وقد صدر من المباشر دون غيره، وينبغي
أن يكون بناء على الخلاف فيما إذا عقده والأول غائب فأجازه أو عقده أجنبي فأجازه الأول، ولا معنى
لاشتراط حضرته. والوكيل بالطلاق أو العتاق إذا وكل غيره فطلق الثاني بحضرة الوكيل الأول لا يقع
لأن الأمر علقه بلفظ الأول دون الثاني وهو يتعلق بالشرط، بخلاف البيع ونحوه. قال: وإن زوج
عبد أو مكاتب أو كافر صغيرته الحرة المسلمة أو باع مالها أو اشترى لها لم يجز لأنه لا ولاية لهؤلاء، ألا ترى
أن العبد لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم، قال الله تعالى

وَلن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلاً ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم ولا شهادة للعبد اصلاً
والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولان هذه الولاية نظرية فلا بد من تفويضها الى القادر ليتحقق معنى
النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة فلا مصلحة في التفويض اليهما ولا فرق في ذلك بين
ان يكون الكافر ذميًا او حربيا واما المرتد فان ولايته على اولاده واموالهم موقوفة بالاجماع لانها تبتني
على النظر والنظر يحصل باتفاق الملة لان اتحادها داع الى النظر وهو متردد في الحال فوجب التوقف
فيه فاذا اسلم جعل كانه لم يزل مسلماً فينفذ تصرفه واذا مات او قتل على ردته تقررت جهة انقطاع الولاية
فيبطل تصرفه بخلاف تزوجه بنفسه حيث لم يجز وان اسلم بعد ذلك لان جواز النكاح يعتمد الملة ولا ملة
للمرتد فلا يتوقف اذ لا مجيز له في الحال لان شرط التوقف ان يكون له مجيز في الحال فصار نظير اعتاق
الصبي وطلاقه وهبته حيث لا يتوقف على البلوغ اذ لا مجيز لها في الحال ونكاح اولاده الصغار له مجيز في
الحال وهو الولي او القاضي فيتوقف فان اسلم نفذت فصح النكاح والا بطل وبخلاف تصرفاته في ماله
عنده مما لانها تبتني على الملك وملكه قائم ثابت في امواله ما دام حيا فينفذ بلا توقف والله اعلم

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة والتقاضي لا يملك القبض وهذا قول زفر وقال علماونا الثلثة يملك القبض عندنا
لزفر ان الوكيل بالشيء وكيل باتمامه واتمامها يكون بالقبض وما لم يقبض فالخصومة قائمة لانه يتوهم
الانكار بعد ذلك والمطل وربما يحتاج الى المرافعة ثانيا فيكون له القبض قطعا للمادة ولان المقصود
من الخصومة الاستيفاء اذ هي غير مقصودة لذاتها والوكيل بالشيء يملك ما هو المقصود منه ومعنى التقاضي
الطلب في العرف فصار بمعنى الخصومة وهو في اصل اللغة القبض لانه تفاعل من قضى يقال قضى دينه
واقتضيت منه ديني اي اخذت والعرف املك فكان اولى اذ الحقيقة مهجورة فصار بمعنى الخصومة مجازا
فلو ان الموكل بها توكيلا باتمامها اذ المطالبة لا تنتهي الا بالقبض ولزفر رحمه الله ان الخصومة غير القبض
حقيقة وهي لاظهار الحق ويختار في التوكيل بها من هو الد الناس خصومة والزمهم كذبا وخيانة واقلهم
دينا وحياء ويختار في القبض من هو اوفى الناس امانة والزمهم ورعا فمن يصلح للخصومة عادة لم يرض
بقبضه فالتوكيل بخصومته لا يدل على الرضى بقبضه لئلا يلزم عليه فلا يكون له القبض وكذا المطالبة
غير القبض فالوكيل بها لا يملك المطالبة لما ذكرنا والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله ولهذا اختاره المشايخ
رحمهم الله لتغير احوال الناس وكثرة الخيانات في الوكلاء ولا فرق في ذلك بين العين والدين لان المعنى لا يختلف
فيهما قال ويقبض الدين يملك الخصومة اي الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة حتى لو اقيمت عليه
البينة على استيفاء الموكل او ابرائه يقبل وكذا اذا جحد الغريم واقام الوكيل البينة عليه يقبل وهذا عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عنه لان القبض غير الخصومة فلم يكن الرضا به رضا
بها اذ ليس كل من يؤتمن على المال يهتدي اليها قال ويقبض العين لا فلو برهن ذو اليد على الوكيل
بالقبض ان الموكل باعه وقف الامر حتى يحضر الغائب وكذا الطلاق والعتاق اي الوكيل بقبض العين لا يملك
الخصومة حتى لو اقام ذو اليد البينة على الوكيل بقبض العين ان الموكل باعه العين لم يقبل بينته الا في حق
قصر يد الوكيل عن العين فيتوقف حتى يحضر الغائب وكذا لو اقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها ان الزوج

طلقها

طلقها ثلثا او اقام العبد البينة على الوكيل بنقله ان المولى قد اعتقه لا تقبل في حق وقوع الطلاق والعتاق
وتقبل في حق قصر يد الوكيل عنهما حتى يتوقف الامر الى ان يحضر الغائب وهذا بالاجماع استحسانا والاصل
في جنس هذه المسائل ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض
لا غير ويمكن حصوله بلا خصومة بان لا يجحد ذو اليد فلا حاجة الى جعله وكيلا في غيرها وهذا لان
الامر بالشيء انما يدخل غيره فيه اذا كان لا يتوصل اليه الا به للضرورة وان وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا
بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحقوق العقد متعلقة بالعاقد لانه لا يمكنه التحصيل الا بها والخصومة
من جملتها فكان وكيلا بها فاذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء
عين حقه حكما ولهذا لو قبض احد الشريكين شيئا من الدين كان للاخر ان يشاركه فيه ومعنى التملك ساقط
حكما حتى كان له ان ياخذه بلا قضاء ولا رضا كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصما كما في الوكيل بقبض
العين وقال ابو حنيفة رحمه الله الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها
وهذا لان المقبوض ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه الا ان الشرع جوز ذلك طريقا للاستيفاء فانتصب خصما
كالوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة والوكيل باخذ الشفعة فانه خصم قبل القبض
عنده كما ان الوكيل بطلب الشفعة خصم قبل الاخذ فاما الوكيل بالشراء فلا يصير خصما بعد مباشرة الشراء
واما الوكيل بقبض العين فليس بوكيل بالمبادلة فصار رسولا وامينا محضا فلم يتعلق الحقوق بالقابض فلا
ينتصب خصما ولا تقبل البينة عليه قياسا حتى لا يجب التوقف فيه لانها قامت على غير خصم وفي الاستحسان
يتوقف حتى يحضر الموكل فاذا حضر امر الخصم باعادة البينة على ما ادعاه لان البينة قامت على نفس الحق
وعلى قصر اليد والوكيل خصم في حق اليد فحسب فيقبل في حقه فيقصر يده عنه كما اذا اقام الخصم البينة ان
الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل في حق قصر اليد قال ولو اقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح
والا لا اي اذا اقر عند غير القاضي لا يصح وعنده يصح وهو استحسان ولانه يخرج به عن الوكالة وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يصح اقراره عند غير القاضي ايضا وقال زفر والشافعي لا يصح اقراره
عند القاضي ايضا وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه مامور بالخصومة وهي منازعة والاقرار
يضادها لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الابراء والصلح ويصح اذا استثنى
الاقرار ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناؤه وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب
هو خصومة عندهما لتعين الانكار ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى في الخصومة وهذا هو العرف
والوكالة تتقيد كما تتقيد بالنقد صريحا ولان فيه اضرارا بالموكل فلا يملكه ولهذا لا يملكه الاب والوصي
في مال الصغير مع ان ولايتهما اقوى ولنا ان التوكيل صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو الجواب مطلقا
دون احدهما عينا اذ لا يجوز له ان ينكر اذا كان خصمه محقا والخصومة يراد بها مطلق الجواب عرفا مجازا
لانها سببها فذكر السبب واراد المسبب سائغ او لخروجه مقابلتها او لان الجواب يكون في موضع
يكون فيه الخصومة وهو مجلس الحكم والجواب يتناول الاقرار والانكار عملا بعموم المجاز كما لو قال عبده
حر يوم يقدم فلان فانه يراد به مطلق الوقت مجازا فيتناول الليل والنهار عملا بعموم المجاز والدليل انه
يراد به الجواب مطلقا ان القاضي يامره بالجواب فيقول له اجب خصمك ولا يامره بالخصومة فوجب حمله

ومسئلتنا اشبه ... باخذ الشفعة

على الجواب ليصح توكيله قطعاً ولو حمل على الانكار لا يصح الا على احد المذهبين وهو ان جوز محقا بالانكار
وان كان مبطلا لا يصح وهذا لان الوكيل قائم مقام الموكل والموكل لا يملك الانكار عينا وانما يملك مطلق الجواب
وهو نعم ان كان خصمه محقا وبلا ان كان مبطلا فكذا لا يملك التوكيل بالانكار عينا فلا يحمل عليه لان في
حمله عليه فساده من وجه وفي حمله على مطلق الجواب صحته من كل وجه فكان اولى بالصحة بتعين قطعا
بلا احتمال الفساد ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف انه لا يصح لانه يكون توكيلا بالانكار فقط وهو لا يملك
ذلك عينا فكذا لا يصح التوكيل به فلا يلزمنا وعن محمد انه يصح لانه يحتمل ان يكون محقا بالانكار فيملكه وتنصيصه
عليه يرجح تلك الجهة فيجوز توكيله به عند التصريح به وعند الاطلاق يحمل على مطلق الجواب وعن محمد انه فرق
بين الطالب والمطلوب فصححه من الطالب دون المطلوب لان الطالب لا يجبر على الخصومة فله ان يوكل بشيء
دون شيء على ما يختار والمطلوب يجبر عليها فلا يملك التوكيل بما فيه اضرار بالطالب ولان الطالب يثبت حقه
بالبينة او بنكول الموكل لان الوكيل لا يحلف فلا يفيد استثناء الانكار في حقه وفي ظاهر الرواية يصح استثناء
الاقرار منهما لما ذكرنا ولان الانكار حقيقة في الخصومة فلا يعارضه المجاز عند التصريح بالحقيقة ثم ابو يوسف
رحمه الله يقول الوكيل قائم مقام الموكل وانه فاقراره لا يختص بمجلس القاضي فكذا اقرار من قام مقامه وهذا
لان الشيء انما يختص بمجلس القضاء اذا لم يكن موجبا الا بانضمام القضاء اليه كالبينة والنكول فاما الاقرار
موجب بنفسه فلا يختص بمجلس القضاء بخلاف الاب والوصي لان تصرفهما مقيد بشرط النظر لقوله تعالى
ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن وقال تعالى قل اصلاح لهم خير وليس في اقرارهم خير لهم وهما يقولان
ان المراد بالخصومة الجواب مجازا على ما بينا فيملك الاقرار من حيث انه جواب لا من حيث انه اقرار والجواب
يستحق في مجلس الحكم فيكون التوكيل مختصا به فيقوم مقام الموكل في مجلس الحكم لا غير ولم يكن وكيلا في غيره فاذا اقر
فيه لا يعتبر اقراره لكونه اجنبيا فلا ينفذ على الموكل لكن يخرج به عن الوكالة لان اقراره على الموكل يتضمن الاقرار
على نفسه بانه ليس له ولاية الخصومة فيقبل في حق نفسه لا في حق الموكل كالاب والوصي اذا اقر بمال الصغار
لغيره فانه يخرج عن الولاية في ذلك المال ولو استثنى الانكار صح اقراره وكذا الانكار ولا يصير الموكل مقرا
بالتوكيل بالاقرار ولو اقر الوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص لا يصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل
توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد فتمكنت فيه شبهة العدم في اقرار الوكيل فورث شبهة في درء ما يندرئ
بالشبهات **قال** وبطل توكيل الكفيل بمال معناه اذا كان لرجل دين على رجل وكفل به رجل فوكل الطالب
الكفيل بقبض ذلك الدين من الذي عليه الاصل لم يصح التوكيل لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره ولو صححناه
الوكالة صار عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته فانعدم الركن فيبطل ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه
امينا ولو صححناها وجب ان لا يقبل قوله لكونه متهما فيه بابراء نفسه فصار نظير من اعتق عبده المديون حتى لزمه
ضمان قيمته للغرماء ولزم العبد جميع الدين ثم ان المولى ضمن الدين للغرماء فانه لا يصح لما ذكرنا فكذا هذا **فان قيل**
الدائن اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته **قلنا**
ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله لامرأته طلقي نفسك فاذا بطلت الوكالة فلو قبضه من المديون وهلك في
يده لم يهلك على الطالب ولو ابرأه عن الكفالة لا تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كما لو كفل عن غائب فانه
يقع باطلا ثم اذا بلغه فاجاز لم يجز لما ذكرنا ولا يقال ينبغي ان يصح الكفالة ويبطل الوكالة لعكسه فانه لو

وكله بقبض الدين ثم ضمن الوكيل الدين صح الضمان وبطلت الوكالة لانا نقول الكفالة اقوى من الوكالة
لكونها لازمة فتصلح ناسخة لها بخلاف العكس ويجوز ان يوكل الكفيل بالنفس بالخصومة لان الوكيل لو امر يقوم
بهما **قال** ومن ادعى انه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم امر بدفعه اليه لانه اقرار على نفسه لان
ما يقبضه خالص حقه اذ الديون تقضى بامثالها فيكون مقرا بوجوب دفع ما له اليه حتى لو ادعى انه اوفى
الدين الى الطالب لا يصدق لانه لزمه الدفع الى الوكيل باقراره وثبتت الوكالة به ولم يثبت الايفاء بمجرد
دعواه فلا يؤخر حقه ثم الوكالة ان كان حاضرا او ادعى ذلك وله ان يطالب رب المال ويستحلفه ولا يستحلف
الوكيل بالله تعالى ما يعلم ان الطالب قد استوفى الدين لان النيابة لا تجري في الايمان بخلاف الوارث حيث
يحلف على العلم لان الحق ثبت للوارث فكان الحلف بطريق الاصالة دون النيابة وفي المسئلة نوع اشكال
وهو ان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فما قبضه رب الدين من
المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فالتقيا قصاصا والتوكيل بالاستقراض لا يصح والجواب
ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل
بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بان يقول ان فلانا وكلني بقبض ما له عليك من الدين كما لا بد
للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بان يقول ارسلني اليك وقال لك اقرضني فيصح ما ادعينا
ان هذا رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة كذا ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة وهذا السؤال
حسن والجواب غير مخلص على قول ابي حنيفة فانه لو كان رسولا لما كان له ان يخاصم **قال** فان حضر
الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه اذا صدقه ظهر انه كان وكيلا له وقبض الوكيل
قبض الموكل فتبرأ ذمته به وان كذبه لم يصر مستوفيا بالقبض لانه لم تثبت وكالته والقول قوله في
ذلك مع يمينه لانه منكر ولا يكون قولهما حجة عليه واخذ منه الدين ثانيا اذا لم يجز استيفاءه **قال**
ويرجع به على الوكيل لو باقيا اي يرجع الغريم بما قبضه الوكيل ان كان باقيا في يده لانه ملكه وانقطع حق
الطالب عنه ولم يبق الاحتمال فيه حيث قبض دينه منه ثانيا **قال** وان ضاع لا اي ان ضاع المقبوض
في يد الوكيل لا يرجع عليه لان الغريم باقراره صار محقا في قبضه الدين وانما ظلمه الطالب بالاخذ منه
ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره ويرد عليه ما لو كان لرجل الف درهم مثلا وله الفا درهم على رجل فمات
وترك ابنين واقتسما الالف العين نصفين فادعى الذي عليه الدين ان الميت استوفى منه الالفين
حال حياته فصدقه احدهما وكذبه الاخر فالمكذب يرجع عليه بخمسمائة ويرجع بها الغريم على المصدق
وهو في زعمه ان المكذب ظالمه في الرجوع عليه وظالم هو المصدق بالرجوع عليه بما اخذ المكذب وذكر في الاسرار
انه لا يرجع لان الغريم زعم انه برئ عن جميع الالفين لا ان الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له ان يظلم غيره
وما اخذ الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة وجه الظاهر ان المصدق اقر على
ابيه بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان الديون تقضى بامثالها فاذا كذبه الاخر واخذ منه
خمسمائة لم يسلم له البراءة الا عن خمسمائة فبقيت خمسمائة دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فياخذ
ما اصابه بالارث حتى يستوفي لان الدين مقدم على الارث **قال** الا اذا ضمنه عند الدفع اي الا ان يضمن
الغريم الوكيل فحينئذ يرجع الغريم على الوكيل لان الضمان موجب ويجوز في قوله ضمنه التشديد والتخفيف بمعنى الكفيل

ان يضمن الغريم الوكيل ومعنى التحقيق ان يضمن الوكيل المال الذي اخذ منه وصورة هذا الضمان ان
يقول الغريم للوكيل نعم انت وكيله لكن لا آمن ان يجحد الوكالة ويأخذ مني ثانيا ويصير ذلك دينا عليّ لانه
اخذ مني ظلما فهل انت كفيل عنه بما اخذ مني ثانيا فيضمن ذلك المأخوذ فيكون صحيحا على هذا الوجه لانه مضاف
الى سبب الوجوب وهو كقوله ما غصبك فلان فعلي او ما ذاب لك عليه فعلي لان ما اخذه الطالب ثانيا
غصب واما ما اخذه الوكيل فلا يجوز ان يضمنه لانه امانة في يده لتصادقهما على انه وكيل والامانات لا
يجوز بها الكفالة على ما بيناه في موضعه **قال** او لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه اي
يضمن الغريم الوكيل في هذه الصورة لانه دفعه اليه على احتمال ان يكون وكيلا ولم يرض بقبضه الا لتقضى
دينه حصولا لبراءة ذمته فاذا لم يحصل وانقطع الرجاء رجع به عليه ولا فرق في ذلك بين ان كذبه صريحا
او سكت لان عدم التصديق يشمل الصورتين وزعمه فيما اذا كذبه انه قبض بغير حق وان قبضه يوجب
الضمان وكذا ان لم يصدقه ولم يكذبه لان الاصل عدم التصديق وليس له ان يسترد المدفوع في الوجوه كلها
قبل ان يحضر الطالب لان المؤدى صار حقا للطالب اما اذا صدقه فظاهر لانهما لا يتصادقان ظاهرا الا
على حق واما اذا لم يصدقه فلاحتمال انه وكيله وان لم يوكله يحتمل الاجازة منه فلا يكون له ان يأخذه مع
هذا الاحتمال ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس منه الا ترى انه اذا دفعه
الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك استرداده لاحتمال ان يجيز وكذا لو اقام الغريم البينة انه ليس
بوكيل او على اقراره بذلك لا تقبل بينته ولا يكون له حق الاسترداد ولو اراد استحلافه على ذلك لا
يستحلف لان ذلك بني على دعوى صحيحة ولم يوجد لكونه ساعيا في نقض ما اوجبه للغائب ولو اقام الغريم
البينة ان الطالب جحد الوكالة واخذ مني المال تقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على اثبات
سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه منه فانتصب الحاضر خصما عن الغائب في
اثبات السبب وهو قبض الموكل فيثبت قبض الوكيل ضرورة وجاز ان يثبت الشيء ضمنا وان لم يثبت مقصودا
ولو ادعى الغريم على الطالب حين رجع عليه انه وكل القابض واقام على ذلك بينة تقبل بينته ويبرأ ذمته
ولو اراد ان يحلفه كان له ذلك فان نكل برئت ذمته ولو طلب الغريم ان يسترد من الوكيل ما دفعه اليه
بعد ما ادى الى الطالب بنفسه فادعى الوكيل هلاكه او دفعه الى الموكل حلفه على ذلك وان مات الموكل وورثه
غريمه او وهبه له وهو قائم في يد الوكيل اخذه منه في الوجوه كلها لانه ملكه وان كان هالكا ضمنه الا في
صورة واحدة وهو ما اذا صدقه في الوكالة وان انكر الغريم الوكالة واقر بالدين فللوكيل ان يحلفه بالله
ما يعلم ان الطالب وكله بقبض دينه فاذا حلف لم يدفع اليه وان نكل قضي عليه بالمال للوكيل وعن ابي حنيفة
انه لا يحلفه لان حق التحليف بناء على انه خصم ولم يثبت بلا حجة وجه ظاهر الرواية انه لو اقر به لزمه
فاذا انكر يحلف ولو قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقبض مال الغير
فلا يصح لما فيه من ابطال حقه في العين بخلاف ما اذا ادعى انه وكيل بقبض الدين فصدقه حيث يؤمر بالدفع
اليه لانه اقر بمال نفسه اذ الديون تقضى بامثالها لا باعيانها على ما بينا ولو هلكت الوديعة عنده بعد
ما منع قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع وهو
يوجب الضمان فهذا هذا ولو سلم الوديعة اليه فهلكت في يده وانكر المودع الوكالة يضمن المودع لانه

قال صح

متعد بالتسليم اليه وله ان يحلف المودع انه ما وكله فاذا نكل برئت ذمته واذا حلف ضمن وليس له ان
يرجع على الوكيل لان في زعمه ان المودع ظالم في تضمينه اياه وهو مظلوم والمظلوم ليس له ان يظلم غيره الا
اذا ضمنه وقت الدفع له على الصفة التي ذكرنا في الدين فحينئذ يرجع عليه ولو دفع اليه من غير تصديق
له على الوكالة رجع عليه مطلقا ولو كانت العين باقية اخذها في الصور كلها لانه ملكها باداء الضمان
ولو اراد ان يستردها منه بعد ما دفعها اليه لا يملك ذلك لانه ساع في نقض ما تم من جهته **قال**
ولو ادعى الشراء وصدقه يعني لو ادعى رجل شراء الوديعة وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان اقراره
على الغير غير مقبول **قال** ولو ادعى ان المودع مات وتركها ميراثا له وصدقه دفع اليه لان ملكه
قد زال بموته واتفقا انه مال الوارث فيدفعه اليه ولو ادعى رجل ان صاحب المال مات ولم
يدع وارثا وانه اوصى له بما في يد رجل من عين او دين وصدقه الذي في يده المال يؤمر بالتسليم اليه
بعد التلوم لانه لما ادعى انه لم يترك وارثا نزل منزلة الوارث فيدفع اليه بعد التلوم كما يدفع الى
الوارث بعد التلوم لاحتمال ان يكون له وارث اخر ولو لم يقر من في يده المال باخر موته او قال لا ادري
لا يؤمر بالتسليم اليه ما لم يقم البينة ولو لم يقل لم يترك وارثا لم يكن صاحب اليد خصما وتمامه في
التحري ولو ادعى ان صاحب المال مات واوصى اليه وصدقه ذو اليد لا يلتفت الى تصديقه ولا يؤمر
بالتسليم اليه اذا كان المال عينا في يد المقر له لانه اقر انه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة او الغصب
بعد موته فلا يصح كما لو اقر انه وكله حال حياته بقبض العين وان كان المال دينا على المقر فعلى قول محمد
الاول يصدق ويؤمر بالدفع اليه لانه اقرار على نفسه اذ القضاء في حال موته كما لو ادعى انه وكله
في حال حياته بقبض الدين وصدقه المديون يجبر على التسليم بخلاف ما لو صدقه انه وكيل بقبض الوديعة
وعلى قول محمد الاخر وهو قول ابي يوسف لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم اليه وان كان اقرارا على نفسه
من الوجه الذي ذكرنا لانه اقرار على الغائب من وجه ودعوى لبراءة نفسه بدفع المال اليه فانه لو دفع الدين
اليه ويحتمل موت صاحب المال يبرأ بالدفع اليه لصحة امر القاضي بذلك حتى لو حضر الوارث
وانكر وصايته لا يلتفت اليه ولا له ولانه اتباع الغريم فيؤدي الى ان يبرأ من الدين بقوله من غير حجة
بخلاف ما لو اقر بوكالته حال حياته لانه لو حضر رب الدين وانكر كان له ان يتبعه بدينه لان امر
القاضي بالدفع اليه لم يصح في حياته ذكره في التيسير **قال** فان وكله بقبض مال فادعى الغريم ان
رب المال اخذه دفع المال اي رجل وكل رجلا بقبض دين له على غريمه فقال الغريم للوكيل ان رب المال
اخذه مني يجبر على دفع المال الى الوكيل لان وكالته تثبت بقوله اخذه رب المال اذ لم ينكر الوكالة وانما
ادعى الايفاء وفي ضمن دعواه اقرار بالدين وبالوكالة وهذا لانه لو لم يكن هو محتاجا عنه في طلب الدين
لما اشتغل بذلك فصار كما اذا طلب منه الدين فقال اوفيتك فانه يكون اقرارا بالدين فاذا كان اقرارا
تثبت الوكالة في زعمه ولم يثبت الايفاء بمجرد دعواه فيؤمر بالدفع اليه كما لو اقر بالوكالة صريحا على ما
بينا ولو طلب الغريم يحلف الوكيل انه لم يعلم ان الموكل استوفى منه لم يحلف لان اليمين لا تجري فيها
النيابة على ما بينا من قبل وفيه خلاف زفر **قال** واتبع رب المال واستحلفه اي الغريم يتبع رب
المال فيستحلفه لان قبضه يوجب براءة ذمته والطالب لو اقر به لزمه فيستحلف عند العجز عن اقامة

البينة وقد بيناه من قبل **قال** وان وكله بعيب في امة وادعى البائع رضى المشتري لم يرد عليه حتى
يحلف المشتري اي وكله برد جارية بسبب عيب فيها فقال البائع المشتري رضي بالعيب لا يرد على
البائع حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا
ظهر الخطاء عند نكوله ولا يمكن ذلك في العيب لان القضاء بالفسخ نافذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة
رحمه الله فيصح القضاء ويلزم ولا يستحلف المشتري بعد ذلك لانه لا يفيد اذ لا يجوز فسخ القضاء
وفي مسئلة الدين ليس فيه قضاء وانما فيه الامر بالتسليم فاذا ظهر الخطاء فيه امكن نزعه منه ودفعه
الى الغريم من غير نقض القضاء ولان حق الطالب في الدين ثابت بيقين لتحقق الموجب فلا يمتنع على
الوكيل استيفاؤه ما لم يثبت الغريم ما يسقطه ولا كذلك العيب لانه لم يتعين ثبوت حق المشتري في
الرد لاحتمال انه راى العيب ورضي به وقبل التسليم فيمتنع حقه في الرد اصلا وقالوا عند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله يجب الا تفرق بين المسئلتين بل يؤخر فيهما للحال لان القضاء بالخطا لا ينفذ الا ظاهرا عندهما
فامكن التدارك فيهما وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لان من مذهبه ان القاضي لا
يرد بالعيب على البائع ما لم يستحلف المشتري بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع الرضى فلا
بد من حضور المشتري وحلفه **قال** ومن دفع الى رجل عشرة ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده
فالعشرة بالعشرة وهذا استحسان والقياس ان يكون متبرعا لانه خالف امره فيرد العشرة على
الموكل وجه الاستحسان ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرا لان الانفاق لا يكون بدون الشرا فيكون
الموكل به توكيلا بالشرا والوكيل بالشرا يملك النقد من مال نفسه ثم يرجع به على الامر وهذا لانه لا
يستصحب دراهم الامر في كل مكان وينفق له ما امره به من غير قصد يشتريه له ويحتاج الى النقد من
مال نفسه فلم يجعل متبرعا تحقيقا لغرض الامر ونفيا للحرج عن المامور وقيل القياس والاستحسان في
قضاء الدين لانه ليس في معنى الشرا فيكون متبرعا لان امره كان مقيدا بالمال المدفوع اليه ففي
دفع مال اخر هو كالاجنبي فيكون متبرعا في القضاء من مال نفسه ويرد على المطلوب ما اخذ منه لانه ملكه
وقد كان عينه لجهة وقد استغنى عنه **وجه** الاستحسان ان مقصود الامر تحصيل البراة وقد حصلت
ولا فرق في ذلك بين المالين فلم يكن لتعيينه معنى فلا يعتبر ولان الوكيل قد يبتلى بوجود الطالب في موضع
ليس معه مال الموكل فيحتاج الى ان يدفع مثله من مال نفسه ليأخذ مال الامر فيكون هذا توكيلا بالمبادلة
من وجه وهذا العقد من المبادلة حتى لصحة الرجوع عليه والله اعلم بالصواب

باب عزل الوكيل

اعلم ان للموكل عزل الوكيل عن الوكالة متى شاء لانها حقه فيملك ابطالها الا اذا تعلق بها حق الغير بان وكله
بالخصومة بالتماس من الطالب عند غيبة المطلوب فان الموكل لا يملك عزله في هذه الحالة لانه انما خلى سبيله
اعتمادا على انه يتمكن من اثبات حقه متى شاء فلو جاز عزله لتضرر به الطالب عند اخفا المطلوب لما
فيه من ابطال حقه فصار كالوكالة المشروطة ببيع الرهن عند عقده بخلاف ما اذا كان المطلوب حاضرا
او كانت الوكالة من غير التماس الطالب او كانت من جهته لتمكنه من الخصومة مع المطلوب في الوجه
الاول ولعدم تعلق حقه بالوكالة في الوجه الثاني اذ هو لم يطلب وفي الوجه الثالث العزل الى الطالب

وهو صاحب الحق فله ان يعزله ويباشر الخصومة بنفسه وله ان يترك الخصومة بالكلية وعلى هذا قال
بعض المشايخ اذا وكل الزوج وكيلا بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشيء لانه
يملك عزله في الصحيح لان المراة لا حق لها في الطلاق وعلى هذا قالوا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فانت وكيلي
لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت الوكالة له وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك فانت معزول وقال صاحب
النهاية عندي انه يملك عزله بان يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق والمنجز
لانا لو لم نجوز ذلك اذى ذلك الى تغيير حكم الشرع بجعل الوكالة من العقود اللازمة وكلامه ليس بشيء
لان في الاول عزله وتوكيله من غير فصل بينهما ادا بها الى نهاية وليس فيه وكالة ينفع ولا عزل يمنع وليس في
الثاني ما يبطل الوكالة المعلقة لان عزله لا يتناول الا الموجودة اذ لا يتصور عزل الوكيل قبل الوكالة كما
لا يتصور عزل القاضي والسلطان قبل التولية ولكن الصحيح اذا اراد عزله واراد الا يتعقب الوكالة بعد
العزل ان يقول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لان ما لا يكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة
منه **قال** وتبطل الوكالة بالعزل اذا علم به الوكيل وقال الشافعي ينعزل بعزله وان لم يبلغه العزل لانه
بالعزل يسقط حق نفسه وجواز الوكالة لحقه والمرء ينفرد باسقاط حق نفسه كالطلاق والعتاق
وكالعزل الحكمي مثل الموت والجنون **ولنا** ان العزل خطاب ملزم مقصود وحكم الخطاب لا يثبت في حق
المخاطب ما لم يبلغه كخطاب الشرع حتى اذا ابدل بالنسخ لا يثبت حكم النسخ حتى يبلغ المكلف ولان في العزل
اضرارا به لانه قد يتصرف بعد العزل قبل ان يبلغه فيلزمه الضمان بذلك والضرر مدفوع شرعا بخلاف
الاعتاق والطلاق والعزل الحكمي لان العزل فيه حكمي لضرورة عدم المحل فلا يتوقف على العلم ويستوي في
ذلك الوكيل بالنكاح وغيره والرسول ينعزل قبل العلم به حتى اذا ارسله في البيع او غيره فعزله قبل ان يبلغ
العزل لانه مبلغ عبارة المرسل وناقلها فيكون عزله رجوعا عن الايجاب وله ذلك قبل القبول كما اذا كان
المشتري او جبه بنفسه بخلاف الوكيل فانه يعقد بعبارته من عنده وان كانت الحقوق لا ترجع اليه بان كان
سفيرا ومعبرا كما في النكاح وامثاله وليس ناقل عبارة المرسل فلا يعتبر التوكيل فيه ايجابا وانما الايجاب
من الوكيل فلا ينعزل حتى يبلغه لانه صار اصلا في حق العبارة وان لم يكن اصلا في حق الحقوق والرسول
ليس باصيل في شيء ما فافترقا وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المبلغ غير مرة فلا نعيده وكذا لو عزل
الوكيل نفسه عن الوكالة لا يصح من غير علم الموكل ولا يخرج به عن الوكالة ولو جحد الموكل الوكالة فقال
لم اوكله لم يكن ذلك عزلا **قال** وموت احدهما وجنونه مطبقا ولحوقه مرتدا يعني يبطل بهذه الاشيا ايضا
لان الوكالة عقد جائز غير لازم فيكون لبقائه حكم الابتدا فيشترط لقيام الامر في كل ساعة ما يشترط في
الابتدا وشرط في الجنون ان يكون مطبقا اي مستوعبا من قولهم اطبق الغيم السماء اي استوعبها لان كثيره
كالموت وقليله كالاغما وحد المطبق شهر عند ابي يوسف لانه يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة
لانه يسقط به الصلوات وعن محمد حول كامل وهو الصحيح لانه يسقط به جميع العبادات حتى الزكاة
لان استمراره حولا مع اختلاف فصوله اية استحكامه اما ما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا
يكون في معنى الموت والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتدا ان يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه لا يثبت الا بحكم
الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع واما قبل ذلك فموقوفة عند ابي حنيفة رحمه الله لان تصرفات

موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت واما عندهما فتصرفاته
نافذة فلا تبطل وكالته هذا اذا كانت الوكالة غير لازمة وان كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض كما
اذا كانت الوكالة مشروطة في عقد الرهن وكذا اذا جعل امر امرأته بيدها ثم جن الزوج لا يبطل
امرها لانه قد ملكها التصرف فصار كتمليك العين وان كانت الوكالة بالنكاح تبطل بالردة لانه بالردة
خرج من ان يكون مالكا للنكاح بنفسه فتبطل الوكالة به ابتداء ثم لا تعود بالاسلام ذكره في النهاية وعزاه
الى المبسوط ولا تبطل وكالة المرأة بارتدادها ما لم تلحق بدار الحرب ويحكم الحاكم بلحاقها وكذا يجوز
توكيلها بعد ارتدادها ايضا لانها لا تبقى بعد الردة مالكة للتصرف بنفسها وردتها لا تؤثر في عقودها
الا اذا وكلته بالتزويج ثم ارتدت والعياذ بالله فان ذلك باطل لانها لا تملك ان تتزوج بنفسها فكذا لا
يزوجها وكيلها ولو وكلت وهي في حال ردتها فزوجها بعدما اسلمت صح كالمعتدة اذا وكلت بان يزوجها
فزوجها بعد انقضاء عدتها بخلاف ما اذا وكلته قبل الارتداد ثم ارتدت واسلمت حيث لا يجوز ان يزوجها
لان ارتدادها اخراج له عن الوكالة فصار معزولا من جهتها ولا تعود الوكالة بعد العزل وان عاد
المرتد مسلما بعد اللحاق بدار الحرب فان كان وكيلا فهو على وكالته عند محمد ولا يعود وكيلا عند ابي يوسف
لان قضاء القاضي بلحاقه بمنزلة موته ولهذا لا يعود ملكه في مدبريه وامهات اولاده ويعتقهم كما
يعتقون بالموت وهذا لان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ لان اصل التصرف بملكه باهليته وولاية التنفيذ
بالملك وباللحاق لحق بالاموات فلا ملك ولا اهلية له وجه قول محمد رحمه الله ان الوكيل يتصرف
بمعان قائمة به والعجز بعارض اللحاق لتباين الدارين والتوكيل اطلاق فاذا زال العجز والاطلاق
باق عاد وكيلا لبقاء تلك المعاني وهي العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة الصالحة وهذا
لان صحة الوكالة بحق الموكل وحقه باق بعد لحاقه بدار الحرب وانما عجز عن التصرف بعارض على شرف
الزوال فلا ينعزل به عن الوكالة فاذا زال صار كانه لم يكن فبقي الوكيل على وكالته بمنزلة ما لو اغمي عليه
زمانا ثم افاق وان كان العائد مسلما هو الموكل لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد انها تعود كما قال
في الوكيل لانه اذا عاد عاد ملكه عليه مثل ما كان وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته
والفرق له على الظاهر ان الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه بردته ولحاقه فبطلت الوكالة
على البتات بخلاف ردة الوكيل فان ملك الموكل باق على حاله وقد تعلقت الوكالة به وانما انقطع تصرفه
لعجزه وقد زال فتعود الوكالة كما كانت **قال** وافتراق الشريكين اي يبطل الوكالة بافتراق
الشريكين وان لم يعلم الوكيل به لانه عزل حكمي والعزل الحكمي لا يشترط فيه العلم ثم هذا الكلام يحتمل وجهين
احدهما ان ينعزل كل واحد منهما عن الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لان كل واحد منهما وكيل
عن صاحبه بالتصرف ينعزل بالافتراق عن هذه الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لانها كانت ثابتة
في ضمن الشركة فتبطل ببطلانها اذا لم يكن مصرحا بها وفيه اشكال من حيث انه لا يصح ان ينفرد احدهما
بفسخ الشركة بدون علم صاحبه بل يتوقف على علمه لانه عزل قصدي فكيف يتصور ان ينعزل بدون
علمه ويمكن ان يحمل على ما اذا هلك المالان او احدهما قبل الشراء فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي
كانت في ضمنها علما بذلك او لم يعلما لانه عزل حكمي اذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة

على ما بينا في باب الوكالة والثاني ان احد الشريكين او كلاهما لو وكل من يتصرف في المال جاز على ما
عرف فلو افترقا انعزل هذا الوكيل في حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن في التوكيل **قال**
وعجز موكله لو مكاتبا او عبدا مأذونا وما في النهاية ينعزل الوكيل بعجز المكاتب وحجر العبد علم بذلك او لم يعلم لان بقاء
الوكالة معتبرة بابتدائها لو كانت غير لازمة لان العقود التي لا تلزم لبقائها حكم الابتداء فيشترط في حالة البقاء
قيام الامر كما في الابتداء وقد بطل بالعجز والحجر فتبطل الوكالة ويستوي فيه علم الوكيل وجهله لان البطلان حكمي
هذا اذا تصرف الموكل في الشيء الذي وكله به هذا اذا كان وكيلا في العقود والخصومات واما الوكيل بقضاء الدين
واقتضائه فلا ينعزل بعجز المكاتب ولا بحجر المأذون له لان العجز او الحجر يوجب الحجر عليه من انشاء التصرف
فيخرج وكيله عن الوكالة ولا يوجب الحجر عليه من قضاء الدين واقتضائه فهذا لا يوجب عزل وكيله عن ذلك
فان كوتب بعد ذلك او اذن للمحجور لم تعد الوكالة التي بطلت لان صحتها كانت باعتبار ملك الموكل التصرف عند
التوكيل وقد زال ذلك بالعجز والحجر بعد الوكالة فلم تعد بالكتابة الثانية والاذن الثاني ولو عزل المولى وكيل
العبد المأذون له لا ينعزل لان ذلك حجر خاص والاذن في التجارة لا يكون الا عاما فيكون باطلا الا ترى ان المولى
لا يملك نهيه عن ذلك مع بقاء الاذن فكذا لا ينفذ فعله الحكمي فيه **قال** وتصرفه بنفسه اي تبطل الوكالة
بتصرف الموكل بنفسه فيما وكله به لفوات المحل والمراد تصرفه ما يعجز الوكيل عن الامتثال به مثل ان يوكله
ببيع عبد ثم يبيعه الموكل بنفسه او يدبره او يكاتبه وان لم يعجزه عن الامتثال فالوكالة باقية على حالها وهذا اصله
حتى لو وكله بطلاق امرأته فطلقها هو ثلاثا او واحدة فانقضت عدتها بطلت الوكالة لعجزه عن الامتثال ولو
تزوجها بعد ذلك ليس للوكيل ان يطلقها لتحقق عجز الموكل عن الايقاع بانقضاء العدة فكذا الوكيل وانما يمكن من الايقاع
بعده بسبب جديد ولم يحصل ذلك للوكيل ولو طلقها واحدة ولم تنقض عدتها فللوكيل ان يطلقها اخرى لبقاء المحل
ولو وكله بتزويج امرأة فتزوجها بنفسه ثم طلقها ليس للوكيل ان يزوجه اياها لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما
اذا تزوجها الوكيل بنفسه ثم ابانها حيث يجوز له ان يزوجها من الموكل لبقاء الحاجة ولو وكله بطلاق امرأته
ثم ارتد الزوج فطلاق الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة لبقاء تمكن الزوج من الايقاع وان لحق بدار الحرب
فذلك بمنزلة موته ولو وكله بالخلع ثم خلعها الزوج بنفسه خرج الوكيل عن الوكالة لان الخلع بعد الخلع لا
يصح فتعذر التصرف على الوكيل بخلاف ما اذا وكله ان يطلقها ثم خالعها الزوج حيث يقع عليها طلاق الوكيل
ما دامت في العدة لان طلاق الزوج يقع عليها في هذه الحالة فيبقى الوكيل على وكالته والاصل فيه انه ما كان الموكل
فيه قادرا على الايقاع كان وكيله ايضا قادرا على الايقاع فتبقى الوكالة على حالها وما لا فلا ولو وكله ببيع شيء
فباعه الموكل ثم رد عليه بما يكون فسخا بخيار رؤية او خيار شرط او عيب بقضاء او لفساد بيع فالوكيل باق على
وكالته لان ملكه القديم قد عاد اليه بالفسخ فتعود الوكالة لانه بيع في حق ثالث والوكيل ثالثهما والوكالة
تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد بخلاف ما اذا رد عليه بما يكون فسخا ولو باعه الوكيل ثم رد عليه بما يكون
فسخا فله ان يبيعه ثانيا كما اذا كان البائع هو الموكل فرد عليه بذلك ولو وكله بهبة شيء فوهبه المالك ثم رجع
بالهبة فليس للوكيل ان يهبه لان الواهب مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم حاجة الواهب الى الهبة ولو
وهبه الوكيل فرجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل ان يهبه ثانيا لما ذكرنا قال محمد رحمه الله لا يشبه الهبة
البيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضي بمباشرة البيع لان الوكيل بالبيع بعدما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف

فيها بحكم الوكالة ما دام فسخ البيع والوكالة قائمة جاز له ان يبيع ثانيا بحكمها اما الوكالة بالهبة تنقضي بمباشرة
الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع في هبته فقد عاد اليه العقد ولا هبة
ولا وكالة فلا يمكن الوكيل من الهبة ثانيا ولو وكله ببيع عبده فاسره العدو وادخلوه في دار الحرب ثم رجع الى
الموكل بملك جديد بان اشتراه منهم لم تعد الوكالة ولو اخذه من المشتري منهم بالثمن او بالقيمة ممن وقع في سهمه
من الغانمين فهو على وكالته لانه بالاخذ بهذا الطريق عاد الى قديم ملكه وقد كانت الوكالة متعلقة
به فاذا عاد عادت الوكالة ولو وكله باعتاق امته فاعتقها الموكل ثم ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار
الحرب ثم سبيت وملكها لا تعود الوكالة لانه ملك جديد غير الاول بسبب جديد ولو وكله بان يزوجه
امراة معينة وهي ذات زوج فمات زوجها او طلقها وانقضت عدتها جاز للوكيل ان يزوجها من
الموكل لان هذه وكالة مضافة لانعدام المحل وقت التوكيل وهي جائزة ولو وكله ان يزوجه امراة
معينة فارتدت والعياذ بالله ثم اسرت واسلمت جاز للوكيل ان يزوجه اياها عند ابي حنيفة خلافا
لهما بناء على ان تسمية المراة مطلقا ينصرف الى الحرة عندهما ولا ينصرف عنده بل له ان يزوجه الامة
ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل او اجره فسلمه فالوكيل على وكالته في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يخرج عن الوكالة والله اعلم ٥

كتاب الدعوى ٥

قال رحمه الله هي اضافة الشيء الى نفسه حالة المنازعة اي الدعوى ان يدعو الشيء الى نفسه في حالة
الخصومة وهذا في الشريعة ولهذا قال عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر لان كل واحد من
البينة واليمين يحتاج اليه عند اضافة الشيء الى نفسه اذا كان ثم منازع وهي في اللغة عبارة عن اضافة
الشيء الى نفسه مطلقا من غير تقييد بمنازعة او مسالمة ماخوذ من قولهم ادعى فلان نسبا اذا اضافه الى
نفسه اذا قال لي ومنه دعوة النسب بالكسر والدعوة بالفتح في المادبة وقيل الدعوى في اللغة قول
يقصد به الانسان ايجاب الشيء على الغير الا ان اسم المدعي يتناول من لا حجة له في العرف ولا يتناول
من له حجة فان القاضي يسميه مدعيا قبل اقامة البينة وبعدها يسميه محقا لا مدعيا ويقال لمسيلمة
الكذاب لعنه الله مدعي النبوة لانه عجز عن اثباتها ولا يقال للنبي صلى الله عليه وسلم مدعي النبوة لانه
قد اثبتها بالمعجزة والدعوى اسم وليس بمصدر والفعل ادعى افتعل والمصدر ادعاء افتعال
والف دعوى للتانيث فلا تنون وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى واسم الفاعل مدع
والمفعول مدعى عليه والمال مدعى والمدعى به خطا ثم شرط جواز الدعوى ان تكون في مجلس القاضي ولا
تصح في غير مجلسه حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابه وان يكون الخصم حاضرا حتى لو ادعى على غائب لا يحكم
وان يكون المدعى شيئا معلوما ليمكن اثباته بالبينة ويمكن القاضي من الحكم به حتى لا يجب الجواب على المدعى
عليه اذا كان المدعى مجهولا وحكمها وجوب الجواب على الخصم اذا صحت ويترتب على صحتها وجوب
احضار الخصم والمطالبة بالجواب بلا او نعم واقامة البينة واليمين اذا انكر قال رحمه الله والمدعي
من اذا ترك ترك والمدعى عليه خلافه اي لا يترك اذا ترك لما عبر بهذا لمعرفة الفرق بينهما وهي من اهم
ما ينبني عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ في حده فمنها ما ذكر هنا وهو حد صحيح لكونه
جامعا للحدود مانعا من دخول غيره فيه وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه

من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر
وقيل المدعي من يشتمل كلامه على الاثبات ولا يصير خصما بالتكلم في النفي فان الخارج لو قال لذي اليد
هذا الشيء ليس لك لا يكون خصما ومدعيا ما لم يقل هو لي والمدعى عليه من يشتمل كلامه على النفي فيكتفى به
منه فان ذا اليد لو قال ليس هذا لك كان خصما بهذا القدر وقوله هو لي فضلة في الكلام غير محتاج اليه
وقيل كل من شهد بما في يد غيره لنفسه فهو مدع وكل من شهد بما في يد نفسه لنفسه فهو منكر ومدعى عليه
وكل من شهد بما في يد غيره لغيره فهو شاهد وكل من شهد بما في يد نفسه لغيره فهو مقر وقال محمد رحمه الله في
الاصل المدعى عليه هو المنكر والاخر هو المدعي وهذا صحيح غير ان التمييز بينهما يحتاج الى فقه وحدة
ذهن اذ العبرة للمعنى دون الصورة فانه قد يوجد الكلام من شخص في صورة الدعوى وهو انكار في المعنى كالمودع
اذا ادعى رد الوديعة فانه مدع للرد صورة وهو منكر للوجوب معنى ولهذا يحلف انه لا يلزمه رده ولا ضمانها
ولا يحلف على انه ردها لان اليمين تكون على النفي ليتحقق الانكار لانه ينكر الوجوب عليه والاصل براءة الذمة
فكان القول له ولا يرد على هذا المدين اذا ادعى قضاء الدين او ابراء الطالب فان القول للطالب مع انه يدعي
شغل ذمته والمدين البراءة لانا نقول لما اتفقا على وجوب الدين صار الشغل هو الاصل والمدين يدعي
الايفاء او الابراء فصار مدعيا خلاف الاصل والطالب منكر فكان القول له او نقول ان المودع امين فيقبل
القول قوله في دفع الامانة عن موضعها كما في القاضي وامينه وكالمطلقة اذا ادعت انقضاء العدة او بقاءها
قال ولا تصح الدعوى حتى يذكر شيئا علم جنسه وقدره لان فائدتها الالزام بواسطة الاشهاد
ولا يتحقق الاشهاد ولا الالزام في المجهول فلا يصح ولا يجب الجواب على الخصم فاذا بين جنسها ونوعها
وقدرها وصفتها وسبب وجوبها صحت الدعوى فيترتب عليها احكامها من وجوب الاحضار والحضور
والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب واليمين واقامة البينة ولزوم احضار الشيء المدعى به ان لم يكن
دينا ولا يتعلق بالدعوى المجهولة شيء من ذلك لفسادها وانما وجب اذا صحت لقوله تعالى واذا دعوا
الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الحق الوعيد بمن امتنع عن الحضور بعدما طولب به فدل
ذلك على ان الحضور مستحق عليه قال وان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها
بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة بعد
الاحضار فيما يمكن احضاره من المنقول وان لم يمكن كالرحا حضره الحاكم او بعث امينه قال
وان تعذر ذكر قيمتها اي ان تعذر احضار المنقولات بان كانت هالكة او غائبة ذكر قيمتها لان عين المدعى
لا يمكن ضبطه بالوصف ويمكن بالقيمة فوجب المصير اليها لانها هي المدعاة في هذه الحالة لصيرورتها
دينا في الذمة وقال ابو الليث يشترط مع ذلك في الحيوان ذكر الذكورة والانوثة وان لم يبين
القيمة فقال غصب مني عين كذا ولا ادري انه هالك او قائم ولا ادري كم كانت قيمته قال في الكافي
ذكر في عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر
به وعزاه الى القاضي فخر الدين والصاحب الذخيرة فاذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط عن الشهود
ايضا بالاولى لانهم ابعد عن ممارسته قال وان ادعى عقارا ذكر حدوده لانه تعذر تعريفه بالاشارة
لتعذر نقله الى مجلس الحكم فتعين التحديد اذ العقار يعرف به قال وذكر انه في يده اي يذكر المدعي

وقال زفر رحمه الله لا يكتفي ولا بد من ذكر الحدود الاربعة لان التعريف لم يتم بذكر الثلثة كما لا يتم بذكر الاثنين
ولنا ان للاكثر حكم الكل بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعا ولا كذلك اذا تركها ونظيره
اذا ادعى شراء شي بثمن منقود فان الشهادة تقبل وان سكتوا عن بيان جنس الثمن ولو ذكروه واختلفوا
فيه لم تقبل وكما يشترط ذكر الحد في الدعوى يشترط في الشهادة ايضا لانه بها يصير معلوما للقاضي
واسمي اصحابها اي ذكر اسما اصحاب الحدود لان التعريف يحصل بذلك وذكر انسابهم ليتميزوا عن غيرهم
قال ولا بد من ذكر الجد ان لم يكن مشهورا اي لا بد من ذكر جد كل واحد من اصحاب الحدود ان لم يكن الرجل
مشهورا بين الناس وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان تمام التعريف يحصل به في الصحيح من مذهبه وقد ذكرناه
غير مرة وان كان الرجل مشهورا اكتفي بذكره لحصول المقصود به قال وانه في يده اي وذكر ان العقار في
يده لان المدعى عليه لا يكون خصما الا اذا كان العقار في يده فلا بد من اثباته قال ولا تثبت اليد في العقار
بتصادقهما بل ببينة او علم القاضي بخلاف المنقول اي لا تثبت اليد فيه بتصادق المدعي والمدعا عليه ان العقار
في يد المدعا عليه لان اليد فيه غير مشاهد ولعله في يد غيرهما تواضعا فيه ليكون لهما ذريعة الى اخذه
بحكم الحاكم فلا بد من اقامة البينة فيه او علم القاضي لنفي تهمة المواضعة بخلاف المنقول لان اليد فيه معاينة
فلا حاجة الى اشتراط الزيادة قال وانه يطالبه به اي ذكر للقاضي انه يطالبه بالشي المدعا لان
القاضي لا يعلم ما ذا ذكر حقه عنده فيذكر انه طالب حتى لا يلتبس عليه لانه لو لم ينص على
الطلب يحسب القاضي انه انما ذكره على سبيل الحكاية فيزيل ذلك الوهم بالنص على الطلب ولان القاضي
لا يجب عليه ان يجيبه لاحتمال ما ذكرنا الا اذا طلب لانه نصب لقطع الخصومات لا لانشائها فاذا لم
يطلبه الاجابة والا فلا لاحتمال ان يكون عنده برهن او اجارة ونحو ذلك فلا يزول الاحتمال بدون طلبه
ولهذا قالوا يجب في المنقول ان يقول هو في يده بغير حق قال وان كان دينا ذكر وصفه وانه يطالبه به لما
ذكرنا ولا بد من بيانه على وجه لا يبقى فيه خفا وكذا في الشهادة وقد بيناه من قبل قال فان صحت الدعوى
سال المدعى عليه عنها اي عن الدعوى لينكشف له وجه القضا اذ يحتاجه لان القضا بالبينة يخالف القضا
بالاقرار وهذا لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضا واطلاق اسم القضا فيه مجاز
وانما هو امر بالخروج عما لزمه بالاقرار بخلاف البينة فانها ليست بحجة الا اذا اتصل بها القضا لسقوط
احتمال الكذب بالقضا في حق العمل فتصير حجة يجب العمل به كسائر الحجج الشرعية قال فان اقر او انكر
فبرهن المدعي قضى عليه لوجود الحجة الملزمة للقضا قال والا حلف بطلبه اي وان لم يكن للمدعي
بينة حلف المدعى عليه اذا طلب المدعي يمينه لانه عليه السلام قال للمدعي الك بينة فقال لا فقال عليه
السلام لك يمينه فقال انه يحلف ولا يبالي فقال عليه السلام ليس لك الا هذا شاهداك او يمينه فصار اليمين
حقا له لاضافته اليه بلام التمليك وانما صار حقا له لان المنكر قصد اتواء حقه على زعمه بالانكار فمكنه
الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهي الغموس ان كان كاذبا كما يزعم وهو اعظم من اتواء المال والا
يحصل للحالف الثواب بذكر اسم الله تعالى وهو صادق على وجه التعظيم قال ولا ترد يمين على مدع لقوله
عليه السلام لو اعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال واموالهم لكن اليمين على المدعى عليه رواه مسلم واحمد
جعل جنس اليمين على المنكر لان الالف واللام للاستغراق وليس وراء الجنس شي اخر حتى يكون على المدعي ونظيره

اليمين على مدع

قوله عليه السلام الائمة من قريش وقوله عليه السلام البينة على من ادعى واليمين على من انكر قسم والقسمة
تنافي الشركة ومعه الالف واللام ايضا على ما تقدم فيفيد استغراق البينة واليمين ولهذا لا تقبل بينة ذي اليد
ولا يقال انما يصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ذكرتم ان لو كان المنكر هو المدعا عليه والخارج هو المدعي وليس
كذلك بل كل واحد منهما مدع ومنكر لانه يقول هو لي ويقول لصاحبه ليس لك لانا نقول المعتبر فيه المقصود
ومقصود الخارج اثبات الملك لنفسه والنفي يدخل ضمنا وتبعا ومقصود ذي اليد نفيه ولهذا يقول الخارج اولا ما
يقول هو لي ويقول ذو اليد ليس لك فالاول هو المعتبر من كل واحد منهما اول ما يصدر منهما اعتبارا للقصد
دون الضمني وقال الشافعي رحمه الله اذا لم يكن للمدعي بينة يحلف المدعا عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعي فان
حلف قضي له وان نكل لا يقضى له لان الظاهر شاهد للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعا عليه كما كان الظاهر شاهدا
له اعتبر يمينه وقال ايضا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الاخر يحلف المدعي ويقضى له لما روي انه عليه
السلام قضى بشاهد ويمين ويروى انه عليه السلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما رويناه وما رواه ضعيف
رده يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه ولانه يرويه ربيعة عن سهيل بن ابي صالح وانكره سهيل فلا يبقى حجة
بعدما انكره الراوي فضلا ان يكون معارضا للمشاهير ولانه يحتمل ان يكون معناه قضى بشاهد يعني بجنسه
وتارة بيمين بلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغل والمراد على التعاقب ولئن سلم
انه يقتضي الجمع فليس فيه دلالة على انه يمين المدعي لجواز ان يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول به لان
الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى يمين المنكر عملا بالمشاهير قال ولا بينة لذي اليد في
الملك المطلق وبينة الخارج احق اي لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق وان اقاما بينة فبينة الخارج اولى
وقال الشافعي بينة ذي اليد اولى من بينة الخارج لتاكدها باليد فصار كما اذا اقاما البينة على النتاج
او على نكاح امراة والمراة في يد احدهما فانه يكون اولى وكما لو ادعيا امة وادعى كل واحد منهما انها امته دبرها
او اعتقها او استولدها واقاما بينة كانت بينة صاحب اليد اولى ولنا ان البينات شرعت للاثبات
لانها وان كانت في الحقيقة مبينة مظهرة لكنها اخذت حكم الاثبات لما انا لا نعلم الا بها اذ الاحكام تثبت
باسبابها فصارت كالعلل الشرعية فانها امارات في حق الشارع وفي حقنا لها حكم الاثبات ولهذا اوجب
الضمان على الشهود عند الرجوع لان الحكم يحال الى شهادتهم ايجابا فاذا كان كذلك كان بينة الخارج اكثر اثباتا
لانه ببينته يستحق على ذي اليد الملك الثابت بظاهر يده وذو اليد لا يستحق على الخارج ببينته شيئا لانه
لا ملك للخارج قبل القضا بوجه ما وقد يثبتها بينة صاحب اليد كان ثابتا بظاهر يده الا ترى ان من
راى شيئا في يد انسان جاز له ان يشهد بانه له واذا نازعه احد في الملك تعتبر بينته دفع القاضي عنه
فلم يثبت ببينته شيئا لم يكن ثابتا واما بينة الخارج فانها اثبتت شيئا لم يكن ثابتا له فكانت اولى اذ البينات
للاثبات بخلاف مسالة النتاج فان بينة صاحب اليد فيه متضمنة لدفع بينة الخارج لانها تقوم على
اولية الملك واولية الملك لا تثبت الا لاحدهما فاذا ثبت بها ثبوتها لصاحب اليد كانت بينته اولى
متضمنة دفع بينة الخارج فوجد التعارض بين البينتين فترجحت بينة صاحب اليد باليد وفي الملك
المطلق لم يوجد التعارض لان بينة الخارج لم تثبت الملك قبل القضا حتى يعارضها بينة ذي اليد بالدفع
والترجيح انما يكون عند التعارض ونصوره ايضا ان تثبت الملك بها على التعاقب فلم يخرج بينته ما ندفع

بينة الخارج فلا تقبل وبخلاف التدبير والاعتاق والاستيلاد لان اليد لا تدل على هذه الاشياء فكان كل
واحد من البينتين مثبتا فتعارضتا فترجح بينة صاحب اليد باليد وبخلاف دعوى النكاح لانها دعوى
سبب الملك ايضا فصارت كالنتاج في جميع ما ذكرنا وكلامنا في دعوى الملك المطلق لا في الملك بسبب لان
بينة ذي اليد اولى بالاتفاق اذا كان سببا لا يتكرر في الملك على ما يجيء بيانه في موضعه ولا يقال انهما لو لم يذكرا
سبب الملك بان ادعى كل واحد منهما انها امرأته ولم يذكرا السبب كان الحكم كذلك فبطل ما ذكرتم لانا نقول
السبب فيه متعين اذ لا طريق لهذا الملك الا به فيكون دعوى الملك فيه دعوى للسبب الا يرى انهما لو
اختلفا في ولاء عبد واقاما البينة كانت بينة ذي اليد اولى لتعين سببه وهو العتق في ملكه ولا كذلك
ما نحن فيه ولان الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي بالنص على ما بينا وجهه من الاستغراق فلا تقبل بينة
ذي اليد ما لم يوجد منه دعوى السبب **قال** وقضي له ان نكل مرة بلا احلف او سكت اي قضي للمدعي
ان نكل المدعى عليه مرة صريحا بقوله لا احلف او دلالة بسكوته ويجوز ان يكون اللام في قوله وقضي له بمعنى على
اي قضي على المدعى عليه واللام تاتي بمعنى على قال الله تعالى ان احسنتم احسنتم لانفسكم وان اسأتم فلها
اي فعليها وقال الشافعي رحمه الله لا يقضي بنكوله بل ترد اليمين على المدعي اذا نكل المدعى عليه فان حلف يقضى
له بالمال وان نكل انقطعت المنازعة بينهما لما روي عن علي رضي الله عنه انه حلف المدعي بعد نكول المدعى
عليه ولان اليمين انما وجبت في الابتداء على المنكر لكون الظاهر يشهد له فاذا نكل صار الظاهر شاهدا
للمدعي فيحلف ولان النكول محتمل يحتمل ان يكون لاجل اشتباه الحال او لاجل التورع عن اليمين الكاذبة
او لاجل الترفع عن الصادقة كما فعل عثمان رضي الله عنه فانه نكل عن اليمين وقال اخاف ان يوافق
قضاء فيقال ان عثمان حلف كاذبا فلا يكون حجة مع الاحتمال فلا يقضى به **ولنا** اجماع الصحابة رضي
الله عنهم وروي عن علي ايضا انه وافق اجماعهم فانه روي عن شريح ان المنكر طلب منه رد اليمين على
المدعي فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه فقال له علي قالون ومعناها
بالرومية اصبت وروي عن عمر رضي الله عنه ان امرأة ادعت عنده على زوجها انه قال لها حبلك على
غاربك فحلف عمر الزوج بالله ما اردت طلاقا فنكل فقضى عليه بالفرقة وكذا روي عن ابن عباس رضي
الله عنهما وهو مذهب ابي موسى الاشعري ولان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على
اليمين اداء للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجحت هذه الجهة على غيرها من الترفع والتورع والاشتباه
لان الظاهر انه ياتي بالواجب فلا يترفع عن الصادقة والظاهر من حال المسلم انه لا يكذب فلا يكون نكوله
تورعا عن الكاذبة ظاهرا باعتبار حاله وكونه لاشتباه الحال لا يستمهل حتى ينكشف له الحال فتعين ان
يكون لاجل البذل ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما روينا من ان اليمين على المنكر **قال** وعرض اليمين
ثلاثا ندبا اي عرض القاضي اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات وهو مستحب يقول له في كل مرة اني اعرض
عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه اعلاما له بالحكم لانه موضع خفاء لاختلاف العلماء
فيه وكان الشافعي لا يراه فاذا كرر عليه الانذار والعرض فلم يحلف حكم عليه اذا علم انه لا آفة به من
طرش وخرس وعن ابي يوسف ومحمد ان التكرار حتم حتى لو قضى القاضي بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح
انه ينفذ والعرض ثلاثا مستحب وهو نظير امهال المرتد ثلاثة ايام فانه مستحب فكذا هذا مبالغة

في الانذار ولابد ان يكون النكول في مجلس القاضي لان المعتبر يمين قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره
في حق الخصومة فلا معتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعي
على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا انه ليس له ان يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة
اقامها عليه وقضي له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون يترجح
صدقه باليمين فلا يعارضه بينة المدعي بعد ذلك كما يترجح جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا تعتبر يمين المنكر
معها وهذا القول مهجور غير ماخوذ به وليس بشيء اصلا لان عمر رضي الله عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين
المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر
باقامة البينة والصواب انه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه انه ان كان
لفلان علي الف فادعى عليه فانكر فحلف ثم اقام المدعي البينة ان له عليه الفا وفي قول عند ابي يوسف يظهر
كذبه وعند محمد لا يظهر وفي النهاية لو اصطلحا على ان المدعي لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف
فالصلح باطل ولا شيء على المدعى عليه **قال** ولا يستحلف في نكاح ورجعة وفيء واستيلاد ورق ونسب
وولاء وحد ولعان قال القاضي الامام فخر الدين رحمه الله الفتوى على انه يستحلف المنكر في الاشياء الستة يعني
في هذه الاشياء التي عدها سوى الحد واللعان وهو قولهما والاول قول ابي حنيفة لهما ان هذه حقوق
تثبت مع الشبهات فيجري فيها الاستحلاف كالاموال وبخلاف الحدود واللعان وهذا لان فائدة الحلف
ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان اليمين واجب فتركه دليل على انه باذل او مقر ولا يمكن ان يجعل باذلا لا
لانه لا يجوز ممن لا يجوز البذل منه كالمكاتب والعبد الماذون له في التجارة وهذا يجوز في الدين ولا يجوز بذله
ويجب على القاضي ان يقضي بالنكول ويصح ايجابه في الذمة ابتداء ولو كان بذلا لما صح ولا يجب القصاص
فيما دون النفس ويصح في المشاع فيما يقسم ولو كان بذلا لما صح ولا وجب فتعين ان يكون مقرا والاقرار يجري
في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة البذل فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات كالحدود واللعان الا ترى
انها لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال لما فيها من الشبهة
وهذا لان نكوله دل على انه كاذب في الانكار ولولا ذلك لما نكل لان اليمين الصادقة فيها الثواب بذكر الله تعالى
على وجه التعظيم وصيانة ماله وعرضه بدفع تهمة الكذب عن نفسه [illegible] واليمين الكاذبة
فيها هلاك النفس فالظاهر انه اعرض عنها مخافة الهلاك ومخالفة لهواه وشح نفسه وايثارا للرجوع الى
الحق اذ هو اولى من التمادي على الباطل قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فاولئك هم المفلحون فيكون اقرارا
ضرورة ولابي حنيفة رحمه الله انه بذل واباحة وهذه الحقوق لا يجري فيها البذل والاباحة فلا يقضى فيها
بالنكول كالقصاص في النفس وكالحدود واللعان وفي حمله على البذل صيانة عرضه عن الكذب فكان اولى ولهذا لا
يجوز الا في مجلس القاضي وقضائه ولو كان اقرارا لجاز مطلقا بدون القضاء وكذا لو كفل رجل لرجل بما يقر به فلان
فادعى المكفول له على فلان دينا فاستحلفه فنكل لا يجب على الكفيل شيء ولو كان اقرارا لوجب عليه وكذا لو اشترى
نصف عبد ثم اشترى نصفه الباقي فوجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فاستحلفه فنكل فقضي عليه بالرد
ثم اراد ان يرد النصف الاخر يحتاج الى الخصومة واستحلاف جديد اذا انكر ولو كان اقرارا لما استحلف
ثانيا بل كان يلزمه رده بالنكول الاول ولا نسلم ان اليمين واجبة مع البذل فلا يكون تاركا للواجب وهذا

لان اليمين تجب عليه اذا طلب تحليفه لينتهي به الخصومة ومع البذل لا خصومة ولا طلب فلا يجب وانما جاز
من المكاتب والعبد والصبي الماذون لما ان فيه ضرورة قد دخل تحت الاذن في التجارة كما يدخل الضيافة
اليسيرة والهدية اليسيرة للضرورة اذ لا بد للتجار من ذلك وانما جاز في الدين بناء على دعوى المدعي ومعنى
البذل ترك المنع وترك المنع جائز في المال لان امر المال هين بخلاف الاشياء السبعة وانما وجب على القاضي
ان يقضي بالنكول بحكم الشرع لما ان المدعي كان له الشيء المدعى ظاهرا وابطله المنكر بالنزاع والشرع ابطل
نزاعه الى اليمين فاذا امتنع اليمين عاد الاصل بحكم الشرع وانما صح ايجابه في الذمة ابتداء بناء على زعم المدعي
انه حق وان معنى البذل ترك المنع ولئن كان بذلا حقيقة فالمال يجب معه في الذمة ابتداء كالكفالة والحوالة
وانما وجب القصاص به فيما دون النفس لان ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال فيجوز بذله اذا كان
مفيدا الا ترى انه يجوز له قطع يده المتآكلة للفائدة فكذا يجوز بذله لدفع اليمين عن نفسه واي فائدة اعظم
منه ولهذا نكل عثمان رضي الله عنه عن اليمين الصادقة على ما مر فهذا هو الجواب عن قولهم في اليمين صيانة ماله
وعرضه الى اخره وانما يجوز في متاع يحتمل القسمة لانه ليس ببذل صريحا وانما صار بذلا بالمعنى على معنى
انه ترك منع وان المدعي ياخذ محقا فلا يمتنع بالشيوع ثم الدعوى في هذه المسائل تتصور من احد الخصمين
اينما كان الا الحد واللعان والاستيلاد فانه لا يتصور ان يكون المدعي فيها الا المقذوف والمولى واختار
فخر الاسلام علي البزدوي قولهما للفتوى على ما ذكره في المختصر واختار المتاخرون من مشايخنا على ان القاضي
ينظر في حال المدعى عليه فان راه متعنتا يحلفه اخذا بقولهما وان راه مظلوما لا يحلفه اخذا بقول ابي حنيفة
وهو نظير ما اختاره شمس الائمة في التوكيل بالخصومة بغير رضى الخصم ان راى من الخصم التعنت وقصد
الاضرار بالاخر قبل بغير رضاه والا فلا وذكر الصدر الشهيد رحمه الله ان الحدود لا يستحلف فيها بالاجماع
الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه زنى ولا بينة له عليه
يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا ثم اذا لم يحلف المنكر في النسب عندهما يقبل بينة المدعي ينظر
فان كان نسبا يثبت بالاقرار يقبل بينته وذلك مثل الولد والوالد وان لم يثبت بالاقرار لا يقبل بينته
مثل الجد وولد الولد والاعمام والاخوة واولادهم لان فيه حمل النسب على الغير بخلاف دعوى مولى الاعلى
او الاسفل حيث يقبل وان ادعى انه معتق جده ونحو ذلك والفرق بينهما ان النسب لا يثبت منهم الا بواسطة
فيكون فيه حملا على الواسطة اما الولاء فلا يثبت بواسطة بل يجعل في الحكم كانه هو المعتق ولهذا الارث
الى الولاء ولو كان بواسطة لثبت لهن وهذا لكون الولاء للكبر ولو كان بطريق الارث لما كان لهن في المال وكذا
لو اعتق عبدا ثم مات المولى عن ابنين ثم مات الابنان احدهما عن ابن واحد والاخر عن عشرة ثم مات المعتق فان
ماله يقسم بينهم على احد عشر سهما بجعلهم كانهم اعتقوه ولو كان بطريق الارث لكان للابن الواحد النصف والاخر
وللعشرة النصف نصيب ابيهم وعندهما يجب بالنكول اذا كان نسبا يثبت باقرار والا فلا **قال**
ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان موجب فعله شيئان الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول
والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول فصار نظير ما اذا ثبتت السرقة بشهادة رجل وامراتين
او بالشهادة على الشهادة او بكتاب القاضي الى القاضي فان ضمان المال يجب بها دون القطع ويقول
في الاستحلاف بالله ما له عليك هذا المال وعن محمد ان القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع قال له

ان الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمينه فان قال اريد المال قال له دع دعوى السرقة وادع المال **قال**
والزوج اذا ادعت المراة طلاقا قبل الوطي فانه يحلف فان نكل ضمن نصف المهر اي يستحلف الزوج اذا ادعت المراة ذلك
وهذا بالاجماع لان الاستحلاف يجري في المال بالاتفاق لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا
ادعت الصداق او النفقة لانه دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا يستحلف في النسب
اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة والعفو وامتناع الرجوع في الهبة فان نكل ثبت الحق
ولا يثبت النسب اذا كان نسبا لا يصح الاقرار به وان كان يصح الاقرار به فعلى الخلاف الذي ذكرنا **قال**
ويستحلف جاحد القود فان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف وفيما دونه يقتص اي يستحلف جاحد القصاص فان
نكل في النفس يحبس حتى يحلف او يقر ولا يقتص منه وفيما دون النفس يقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يجب
عليه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما لان في امتناعه عن اليمين احتمالا لاجل الترفع
على ما مر فلا يجب به العقوبة كالحدود فاذا امتنع وجوب القصاص يجب عليه الارش بخلاف ما اذا اقام على ذلك
رجلا وامراتين حيث لا يقضى فيه بشيء وكذا بالشهادة على الشهادة فيه لا يقضى بشيء لان القصاص يسقط
فيه لمعنى من جهة من له فلا يجب شيء وفي النكول لمعنى من جهة من عليه فيصار الى الارش ونظيره اذا اقر بالقتل
خطا والولي يدعي العمد يجب الدية وبالعكس لا يجب شيء بخلاف الضمان في السرقة حيث يجب بشهادة رجل وامراتين
وامثاله كما يجب بالنكول لان المال فيه اصل لم يتعدى الى الحد فاذا قصر بقي الاصل على حاله وهنا الاصل
القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال حتى ابيح
قطعها للحاجة ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بامره بخلاف النفس فانه لو قتله بامره يجب عليه
القصاص في رواية والدية في اخرى فاذا سلك بها مسلك الاموال يجري فيها البذل كالاموال الا انه لا يجوز
قطعها بلا فائدة وهذا البذل مفيد لدفع الخصومة فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع
القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس فيه كما في القسامة **قال** ولو قال المدعي لي بينة حاضرة
وطلب اليمين لم يستحلف وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يستحلف ومحمد مع ابي حنيفة في رواية ومع
ابي يوسف في اخرى وهذا الخلاف فيما اذا كانت حاضرة في المصر وان كانت خارج المصر يحلف بالاجماع وان
كانت في مجلس الحكم لا يحلف بالاجماع لابي يوسف رحمه الله ان اليمين حقه بالحديث الذي رويناه وله غرض صحيح في
الاستحلاف وهو ان يندفع به مؤنة المسافة ويتوسل الى حقه في الحال باقراره او نكوله وفي البينة احتمال
فلعلها لا تقبل فيجيبه اذا طلبه كما اذا كانت خارج المصر ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز
عن اقامة البينة على ما رويناه فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس بخلاف ما اذا كانت
خارج المصر لانه قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه وشهوده فيكون عاجزا ولان في استحلافه مع حضور
الشهود هتك المسلم اذا اقام البينة بعد ما حلف فيجب ان يتوقاه **قال** ويقال للخصم اعطه كفيلا
بنفسك ثلاثة ايام كيلا يضيع حقه بتغيبه نفسه وفيه نظر للمدعي وليس فيه كبير ضرر بالمدعى عليه لان
الحضور واجب عليه اذا طلبه لما تلونا حتى يعدى عليه ويشخص الى القاضي ويحال بينه وبين اشغاله فيصح
التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى كاستحلافه بمجرد الدعوى ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروفا بين الناس
لا يتوهم اختفاؤه حتى يحصل به فائدة التكفيل وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه الكفيل لان الحق لم يجب

عليه بعد خلاف ما بعد اقامة البينة والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح وعن ابي يوسف
انه يقدر بما بين مجلسي القاضي حتى اذا كان يجلس في كل يوم فحتى اليوم الثاني وان كان يجلس في كل عشرة ايام
يوما فالى عشرة ايام ولا فرق في الظاهر بين الوجيه والخامل وبين الحقير من المال والخطير وعن محمد
انه ان كان معروفا والظاهر من حاله انه لا يخفي نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا
لو كان المدعى حقيرا لا يخفي الانسان نفسه لاجله لا يجبر على الكفيل لكن اذا اعطى هو باختياره يوخذ منه وهذا
اذا قال لي بينة حاضرة وان قال ليس لي بينة او شهودي غيب لا يوخذ منه كفيل لعدم الفائدة في الكفيل
لان الغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب آتيا ويمكنه الاستحلاف في الحال فلا معنى للاشتغال
بالكفيل قال فان ابى لازمه اي دار معه حيث سار اي ان لم يعط لا يجبره القاضي على الكفيل
بل يامره بملازمته مقدار مدة الكفيل على القولين حتى لا يغيب قال ولو كان غريبا لازمه مقدار
مجلس القاضي اي الى ان يقوم من مجلسه لانه يلحقه الضرر بالزيادة على ذلك فلا يزاد عليه ولا ضرر في هذا القدر
ظاهرا وكذا اذا اخذ منه كفيلا لا يوخذ منه الا مقدار مجلس الحاكم لما ذكرنا وله ان يطلب التوكيل بالخصومة
حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضى عليه وان اعطاه وكيلا فله ان يطالب بالكفيل بنفس الوكيل
وان اعطاه كفيلا بنفس الوكيل فله ان يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل ان كان المدعى دينا لان الدين يستوفى من
ذمة الاصيل دون الوكيل ولو اخذ كفيلا بالمال فله ان يطالب كفيلا بنفس الاصيل لان المقصود الاستيفاء
وقد يكون من الاصيل ايسر وان كان المدعى منقولا فله ان يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها ولا يغيبها
المدعى عليه وان كان المدعى عقارا لا يحتاج الى ذلك لانه لا يقبل التغييب **قال** واليمين بالله تعالى
لا بطلاق وعتاق الا اذا الح الخصم لما روى ابن عمر انه عليه السلام سمع عمر وهو يحلف بابيه فقال ان الله
ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت رواه البخاري ومسلم واحمد وفي لفظ قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فلا يحلف الا بالله او ليصمت وكانت قريش تحلف بآبائها
فقال لا تحلفوا بآبائكم رواه احمد ومسلم والنسائي وعن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا تحلفوا الا بالله ولا تحلفوا الا وانتم صادقون رواه النسائي وهذا الحديث باطلاقه يمنع الحلف
بالطلاق والعتاق وقال بعضهم يسوغ للقاضي ان يحلفه بهما اذا الح الخصم لقلة مبالاة الناس
باليمين بالله تعالى في زماننا لكن اذا نكل لا يقضى عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منهي عنه شرعا ولو قضى عليه
بالنكول لا ينفذ لانه امتنع عما هو منهي عنه ولو طلب المدعى عليه تحليف الشاهد او المدعي انه لا يعلم ان
الشاهد كاذب لا يجيبه القاضي لانا امرنا باكرام الشهود والمدعي لا يجب عليه اليمين لا سيما اذا اقام
بينة **قال** وتغلظ بذكر اوصافه اي يؤكد اليمين بذكر اوصاف الله تعالى وذلك مثل قوله والله الذي
لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك
ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه لان احوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين
بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك وله ان يزيد على هذا ان شاء وله ان ينقص عنه الا
انه يحتاط ويحترز عن عطف بعض الاسماء على البعض كيلا يتكرر عليه اليمين ولو امره بالعطف فاتى بواحدة
ونكل عن الباقي لا يقضى عليه بالنكول لان المستحق يمين واحدة وقد اتى بها ولو لم تغلظ جاز وقيل لا تغلظ

على المعروف بالصلاح وتغلظ على غيره وقيل تغلظ في الخطير من المال دون الحقير ولو غلظ عليه فحلف
من غير تغليظ ونكل عن التغليظ لا يقضى عليه بالنكول لان المقصود الحلف بالله تعالى وقد حصل **قال**
لا بزمان ومكان اي لا يؤكد عليه اليمين بزمان ولا مكان وقال الشافعي رحمه الله ان كانت اليمين في قسامة
او لعان او في مال عظيم يبلغ مائتي مثقال تغلظ بالمكان فيحلف بين الركن والمقام ان كان بمكة وعند
قبر النبي عليه السلام ان كان في المدينة وعند الصخرة ان كان في بيت المقدس وفي الجوامع في غيرها
فان لم يحضر في المساجد وكذا في يوم الجمعة بعد العصر **ولنا** اطلاق ما تلوناه عليه السلام واليمين
على من انكر والتخصيص بالمكان والزمان زيادة على النص وهو نسخ ولان المقصود تعظيم المقسم به وهو
يحصل بدون ذلك ولان فيه حرجا على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع ولان فيه تاخير حق المدعي
في اليمين فلا يشرع ولانه اخذ ما ينقطع به الخصومة فلا يختص بمكان كالبينة **قال** ويستحلف
اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى والمجوسي بالله
الذي خلق النار والوثني بالله لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التوراة
على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اهل الكتاب يعتقدون نبوة نبيهم فيؤكد عليهم بذكر المنزل على نبيهم
والمجوسي يعتقد تعظيم النار فيؤكد عليه بذكر خلقها والوثني وهو الذي يعبد غير الله تعالى يعتقد ان الله
تعالى خالقه وانما يشرك مع الله تعالى غيره قال الله تعالى ولئن سالتهم من خلق السموات والارض
ليقولن الله وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يحلف احد الا بالله تعالى خالصا احترازا عن اشراك غيره في
التعظيم مع الله تعالى وذكر الخصاف انه لا يحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله تعالى وهو اختيار
بعض مشايخنا لان في ذكر النار في اليمين تعظيما لها الا ان اليمين يشعر بذلك ولا ينبغي ان يعظم النار بخلاف
التوراة والانجيل لانها كتب الله تعالى واجب التعظيم وما ذكره هنا هو المذكور في الاصل فانه وقع عند
محمد رحمه الله انهم يعظمونها تعظيم المسلم الشعائر ولا يعبدونها كعبة **قال** ولا يحلفون في
بيوت عباداتهم لان فيه تعظيمها والقاضي ممنوع عن حضورها مع ما عليه من الحرج وهو مدفوع عنه
ايضا **قال** ويحلف على الحاصل اي بالله ما بينكما نكاح قائم وبيع قائم وما يجب عليك رده وما هي بائن منك
الان في دعوى النكاح والبيع والغصب والطلاق ولا يقال بالله ما نكحت ولا بالله ما بعت ولا بالله ما
غصبت ولا بالله ما طلقت لان هذه الاشياء قد يفعل ثم يرتفع برافع كالطلاق والاقالة والهبة والنكاح
الجديد فلا يمكن تحليفه على السبب فلا بد من تحليفه على الحاصل كيلا يتضرر المدعى عليه لانه لو اقر
بالسبب ثم ادعى طرو الرافع لا يقبل منه فيحتال بهذا الطريق اذ لا ضرر فيه على المدعي لان المقصود من
الاسباب احكامها فيحلف على نفيها لا على نفي السبب وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يحلف
على السبب لان اليمين حق المدعي فيحلف على وفق دعواه والمدعى هو السبب الا اذا عرض المدعى عليه
بان قال قد يبيع الشيء ثم يقال ونحو ذلك فانه حينئذ يحلفه على الحاصل نظرا له كيلا يفوت حقه وعنه
انه ينظر الى انكار المدعى عليه فان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل وقال فخر الاسلام
يفوض الى راي القاضي وهذا الخلاف فيما اذا كان السبب يرتفع برافع وليس في تحليفه على الحاصل
ضرر بالمدعي فان كان سببا لا يرتفع برافع فانه يحلف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق

على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه لا يتكرر عليهما بالارتداد ونقض العهد ثم اللحاق بدار الحرب
ولا يتكرر على العبد المسلم اذ لا يقبل منه الا الاسلام او السيف عند ارتداده وكذا اذا كان في التحليف على
الحاصل ضرر بالمدعي مثل ان يدعي شفعة بالجوار والمدعى عليه لا يراها ومثل ان تدعي المبتوتة النفقة والزوج
لا يراها فانه يحلف حينئذ على السبب بالاجماع لانه لو حلفه على الحاصل ترك النظر في جانب المدعي اذ هو يحلف
بناء على اعتقاده فيبطل حق المدعي قال وان ادعى شفعة بالجوار او نفقة المبتوتة والمشتري او
الزوج لا يراهما يحلف على السبب لما ذكرنا فالحاصل ان التحليف على الحاصل هو الاصل عندهما الا اذا ادى
الى الاضرار بالمدعي او كان سببا لا يتكرر وعند ابي يوسف التحليف على السبب هو
الاصل الا اذا عرض المدعى عليه يحلف على الحاصل على ما بينا قال وعلى العلم لو ورث عبدا فادعاه آخر اي
يحلف على العلم اذا ورث عبدا وادعى آخر انه له ولا يحلف على البتات لان الوارث لا علم له بما فعل المورث فيمتنع
عن اليمين فيلحقه بذلك ضرر وهو محق ظاهرا فلا يقصد الا دفع الضرر عنه قال وعلى البتات لو وهب
له او اشتراه يعني يحلف على البتات ان كان ملكه بالهبة له او بشرائه اياه لان الهبة والشراء سبب موضوع
للملك باختيار المالك ومباشرته ولو لم يعلم انه ملك المملك له لما باشر السبب ظاهرا فيحلف على العلم
وهذا لان الملك باختياره لا يكون الا بعد التفحص ظاهرا فيطلق له الحلف على البتات فاذا امتنع عما اطلق
له يكون باذلا اما الوارث فانه لا اختيار له في الملك ولا يدري ما فعل المورث فلم يوجد ما يطلق له اليمين
على البتات ولان الوارث خلف عن المورث واليمين لا تجري فيها النيابة فلا يحلف على البتات والمشتري
والموهوب له اصل بنفسه فيحلف عليه والاصل فيه ان اليمين متى وقعت على فعل الغير فاليمين على العلم
ومتى وقعت على فعل نفسه يكون على البتات الا ترى انه عليه السلام حلف اليهود بالله ما قتلتم ولا علمتم له
قاتلا فحلفهم على البتات في الاول لانه فعلهم وفي الثاني على العلم لانه فعل غيرهم قال الحلواني هذا الاصل
مستقيم في المسائل كلها الا في الرد بالعيب فانه اذا ادعى المشتري ان العبد ابق ونحو ذلك فاراد المشتري
تحليف البائع فانه يحلفه على البتات مع انه فعل غيره وانما كان كذلك لان البائع ضمن تسليم المبيع سالما
عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيحلف على البتات ولانه انما يكون الحلف على فعل الغير على العلم
اذا قال المنكر لا علم لي بذلك واما اذا ادعى العلم فيحلف على البتات الا ترى ان المودع اذا قال ان الوديعة
قبضها صاحبها يحلف على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا ادعى قبض الموكل الثمن فانه يحلف على البتات
لادعائه العلم بذلك ثم كل موضع وجبت اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه
بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجبت اليمين فيه على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين
حتى يسقط اليمين عنه ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس قال
ولو افتدى المنكر يمينه او صالحه منها على شيء صح ولم يحلف بعده لما روي ان عثمان رضي الله عنه ادعى عليه
اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق
قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وقيل كان له على مقداد سبعة الاف درهم اقرضها اياه فقضاه
منها اربعة الاف فترافعا الى عمر فلم يحلف ولان بالافتداء صان عرضه وهو مستحسن عقلا وشرعا
وقد قال عليه السلام ذبوا عن اعراضكم باموالكم وقال علي كرم الله وجهه اياك وما وقع عند الناس انكاره

وان كان عنده اعذار ولان المنكر يدفع به الخصومة وتهمة الكذب عن نفسه والمدعي ياخذ على انه حقه
او عوض حقه فيجوز وان لم يكن الحق ثابتا لانه لقضاء الخصام وجاز ان يكون العقد واحدا بجهتين كمن اقر بحرية عبد ثم
اشتراه فما يعطي من الثمن بدل الملك الرقبة في زعم البائع وهو فداء في حق المشتري حتى يعتق العبد وكذا في الصلح
عن الانكار فانه يكون تحته في حق المدعي ولا فداء اليمين وقطع الخصومة في حق المنكر ثم لما بطل حقه في اليمين
في لفظ الصلح والفداء لا يكون له ان يستحلفه بعد ذلك ابدا بخلاف ما اذا اشترى يمينه بمال حيث لا يجوز لان
الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال فبطل وبقي حقه في اليمين على حاله والله اعلم ۞

باب التحالف ۞

اختلفا في قدر الثمن او المبيع قضي لمن برهن اي لمن اقام البينة لانه نور دعواه بالبينة اذ البينة مبينة كاسمها
فيبقى في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها اذ هي معدية حتى توجب القضاء على القاضي فلا يعارضها
مجرد الدعوى قال وان برهنا فللمثبت للزيادة اي اذا اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة
للزيادة اولى لان البينات شرعت للاثبات ولا تعارض في قدر ما اتفقا عليه ولا في الزيادة فيجب العمل
ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع لما ذكرنا وهي ما
اذا قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة فبينة
البائع اولى لانها تثبت الحق له فيه والاخرى تنفيه والبينة للاثبات دون النفي قال وان عجزا ولم
يرضيا بدعوى احدهما تحالفا اي ان عجزا عن اقامة البينة ولم يرض واحد منهما بما قاله صاحبه بعد ما قيل لكل
واحد منهما اما ان ترضى بما قاله صاحبك والا فسخنا البيع فان لم يتحالفا وانما نقول لهما ذلك لان المقصود
قطع المنازعة وهذا طريق فيه فلعلهما يرغبان في البيع دون الفسخ فيرضيان به اذا علما ذلك قال
وبدئ بيمين المشتري وهو قول محمد وزفر وابي يوسف آخرا ورواية عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان المشتري
اشدهما انكارا اذ هو المطالب بالثمن اولا فيكون بادئا بالانكار وعند نكوله يطالب بالثمن
لما نكل من غير تاخير فتتعجل فائدة اليمين وهو الاقرار او البدل عن النكول وبنكول البائع يتاخر الفائدة لان
تسليم المبيع يتاخر الى زمان تسليم الثمن لانه يمسك المبيع حتى يستوفي الثمن ففي زمان تعجيله فائدته اولى
وعن ابي يوسف انه يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع
خصه بالذكر فيجوز ان يعني يمينه فان يقاصر عن الفائدة فلا يتقاصر عن افادة التقديم وقيل يقرع بينهما
في البداية وهذا اذا باع سلعة بثمن واذا باع عينا بعين او سلعة بسلعة بدأ القاضي بايهما شاء لاستوائهما في
فائدة النكول قال وفسخ القاضي بطلب احدهما لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا
وترادا ولانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع بثمن مجهول او بلا بدل فيفسخ لان البيع بلا
ثمن او بثمن مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح الاول بدليل ما ذكر في المبسوط
ان وطء الجارية المبيعة يحل بعد التحالف قبل فسخ القاضي البيع بينهما ولو كان ينفسخ لما حل وصفة
اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بما ادعاه المشتري ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بما ادعاه البائع
وذكر في الزيادات انه يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه
بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك

وضعت الا ترى انه اقتصر عليه في القسامة بقولهم ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا والمعنى فيه ان اليمين تجب على
المنكر وهو النافي فيحلف على صفة النفي اشعارا بان الحلف وجب عليه لانكاره وانما وجب على البائع
والمشتري لان كلا منهما منكر لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر والمشتري يدعي زيادة المبيع
والبائع ينكر ان كان الخلاف فيهما وان كان الخلاف في احدهما فاحدهما يدعي زيادة البدل والاخر ينكره
والمنكر منهما يدعي زيادة وجوب تسليم البدل على صاحبه عند تسليمه للبدل والاخر ينكره فصار كل واحد
منكرا فيقبل قوله مع يمينه كل واحد منهما لكونه مدعيا ويحلف كل واحد منهما لكونه منكرا وهذا اذا كان قبل قبض احد
البدلين فظاهر وهو قياسي وان كان بعده فهو مخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا على صاحبه
وانما ينكر ما ادعاه الاخر ولكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة
قائمة بعينها تحالفا وترادا قال ومن نكل لزمه دعوى الاخر لانه صار مقرا به او باذلا فلزمه اذا
اتصل به القضاء وهو المراد بقوله لزمه دعوى الاخر لانه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيئا واما
على اعتبار البذل فظاهر واما على اعتبار انه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا
بانفراده وهذا الذي ذكرناه في التحالف اذا كان اختلافهما في البدل مقصودا واما اذا كان في ضمن شيء
اخر نحو ان يشتري الرجل من اخر سمنا في زق وزنه مائة رطل ثم جاء بالزق ليرده على بائعه ووزنه عشرون
فقال البائع ليس هذا زقي وقال المشتري هو زقك فالقول قول المشتري سواء سمى لكل رطل ثمنا او لم
يسم يجعل هذا اختلافا في المقبوض وفيه القول قول القابض في نفس القبض والمقبوض فكذا في مقدار المقبوض
وان كان في ضمنه اختلافا في الثمن لان الثمن يزداد بنقصان الزق وينقص بزيادته فالبائع يدعي
زيادة الثمن والمشتري ينكر ولم يعتبر هذا الاختلاف في ايجاب التحالف لان الاختلاف فيه وقع مقتضى
اختلافهما في الزق قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في قبض بعض الثمن او بعد هلاك المبيع او
بعضه او في بدل الكتابة او في رأس المال بعد اقالة السلم لم يتحالفا والقول للمنكر مع يمينه اما الاختلاف
في الاجل او في شرط الخيار او في قبض بعض الثمن فلانه اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه
الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان اختلال العقد بانعدامه بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه
حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر حتى يجري فيه التحالف لانه يرجع الى نفس الثمن لانه يعرف بالوصف
لا غير لكونه دينا في الذمة وليس كذلك الاجل لانه ليس بوصف له الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه
وكذا مستحقهما مختلف فان الثمن حق البائع والاجل حق المشتري ولو كان وصفا للثمن لكان حق البائع
وقال زفر والشافعي يتحالفان في الاجل اذا اختلفا في اصله او قدره لان هذا في معنى الاختلاف في مقدار
مالية الثمن فان المؤجل انقص من الحال في المالية ولان النص اوجب التحالف عند اختلاف المتبايعين
ولم يفصل قلنا وجوب التحالف معلق باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوبه
بالاختلاف فيما يثبت به البيع وهو يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فصار كانه قال اذا اختلف المتبايعان
في المبيع او الثمن تحالفا وقد بينا ان الاجل ليس بوصف للثمن اذ لو كان وصفا له لذهب عند ذهابه
اذ الشيء لا يبقى بدون وصفه وفرق بين الاجل والسلم وبين ما نحن فيه عند ابي حنيفة فانه جعل هناك
القول قول من يدعي الاجل وجعل القول هنا للمنكر والفرق انه شرط في السلم وتركه فيه مفسد للعقد

وادعاهما

وادعاهما
عليه يدل على الصحة فكان القول للمدعي لان الظاهر يشهد له بخلاف ما نحن فيه لانه لا تعلق له في الصحة والفساد
فيه فكان القول للنافي لان الاجل اجنبي عن العقد ولهذا لو شهد احد الشاهدين بانه باعه بالف الى شهر وشهد
الاخر بانه باعه بالف ولم يذكر الاجل يقبل شهادتهما وكذا لو شهد احدهما انه باعه بشرط الخيار الى ثلث ولم يذكر
الاخر الخيار ولو كان وصفا للثمن لما قبل وهذا اذا اختلفا في اصل البيع او مكان ايفاء المسلم فيه لا يتحالفان
لان احدهما انفرد في انكار اصل البيع والاختلاف في مكان الايفاء قد مر بيانه في البيوع واما اختلافهما
بعد هلاك المبيع فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي رحمهما الله يتحالفان
ويفسخ البيع على قيمة الهالك وعلى هذا الخلاف اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يملك رده لهما قوله عليه
السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا مطلقا من غير اشتراط قيام السلعة والمراد باشتراطه في الحديث
الاخر البينة على عدم سقوطه في حالة ادنى منها كانه يقول والله اعلم تحالفا وان كانت السلعة قائمة لانه
يمكن تمييز الصادق من الكاذب اذا كانت السلعة قائمة بتحكيم قيمتها في الحال ولا يمكن ذلك بعد الهلاك فاذا كان
يجري التحالف بينهما مع امكان المعرفة فاولى ان يجري عند عدم الامكان ولان كل واحد منهما يدعي عقدا غير
العقد الذي يدعيه صاحبه اذ البيع بالف غير البيع بالفين الا ترى ان الشاهدين في البيع اذا اختلفا في قدر الثمن
لا تقبل شهادتهما لعدم كمال النصاب في كل واحد من البيعين فصار كما لو ادعى احدهما البيع والاخر الهبة او كان
البيع مقايضة فهلك احد البدلين او اختلفا في جنس الثمن وفي التحالف فائدة وهو تسليم ما عينه البائع له على
تقدير نكول المشتري او سقوط الثمن كله عن المشتري على تقدير عدم نكوله ولابي حنيفة وابي يوسف قوله
عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا اشترط ان تكون السلعة قائمة وما رويناه
من المطلق محمول عليه ولفظ التراد فيه يدل عليه لان التراد يكون في القائم دون الهالك ولانه يحمل المطلق
على المقيد اذا كان الراوي لهما عن النبي صلى الله عليه وسلم واحدا بالاجماع ويحال ترك الراوي عن النبي عليه
السلام القيد الى غفلته وقلة ضبطه بخلاف ما اذا اختلف الراويان عن النبي عليه السلام حيث يترك
كل واحد منهما على حاله فيعمل بهما لما لم يكن الاطلاق والتقييد في حكم واحد ومحل واحد وبيان ان
الحديث ههنا رويناهما ابن مسعود عن النبي عليه السلام فيكون بالمقيد كما ذكرنا والتحالف بعد القبض يخالف
على خلاف القياس على ما بينا فلا يلحق به غيره فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة لانه ليس في معناه اذ لا يعود كل
واحد منهما الى رأس ماله ولا يدعي المشتري فيه شيئا بخلاف ما قبل القبض على ما بيناه ولانه بالتحالف ينفسخ
العقد والفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد فيشترط قيامه كالعقد ولهذا لا يجوز الاقالة ولا الرد
بالعيب بعد هلاكه ولا معنى لقولهما ان كل واحد منهما يدعي عقدا غير ما يدعيه الاخر فان العقد لا يختلف
باختلاف قدر الثمن من جنس واحد الا ترى انه لو وكل بالبيع بالف فباعه بالفين وان البيع بالف يصير الفين
بالزيادة في الثمن وبخمسمائة بالحط وانما لا تقبل شهادتهما اذا اختلفا في القدر مع اتحاد الجنس لان المدعي
احدهما لا لاختلاف العقد بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعي عليه الدنانير والمشتري ينكر
والمشتري يدعي الشراء بالدراهم والبائع ينكر والتحالف صحيح وهذا دعواه لان المبيع لا يسلم له الا بثمن فكان
دعواه الثمن دعوى المبيع ولم يتفقا على ثمن وههنا اتفقا على الف وهو يكفي للصحة ولهذا لو كان المبيع جارية
جاز وطؤها قبل الفسخ بعد التحالف ولو كان مختلفا لما صح كما لو اختلفا وادعى احدهما هبة والاخر بيعا

لاخلاف فيها عند ابي حنيفة وبخلاف بيع المقايضة لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع قائما ببقاء المعقود عليه ولهذا
يجوز الاقالة فيه ويرد بالعيب فاذا كان باقيا رده ورد الاخر مثل الهالك ان كان من ذوات الامثال
او قيمته ولا نسلم ان في التحالف هنا فائدة لان المقصود في الفسخ الاسلم الكل واحد منهما العوض
ويرجع اليه عين ماله الذي ورد عليه العقد وهنا يسلم المبيع للمشتري بقيمته كما يسلم له بالثمن فلا يعتبر
باختلاف سبب السلامة بعد حصول المقصود كمن اقر بالف من ثمن متاع فقال المقر له بل غصبت فانه يؤمر
بالدفع اليه لاتحاد الحكم بخلاف ما اذا قال بعتني هذه الجارية فانكر وقال ما بعتكها وانما زوجتكها فانه لا
يجوز له ان يطأها لاختلاف الحكم فان حكم ملك اليمين خلاف حكم الزوجية وكذا لا يرجع الى البائع بالفسخ عين
ماله الذي ورد عليه العقد فلا يجوز فيه الفسخ فائدة لان ما يعتبر من الفائدة هو عود ما ورد عليه العقد الى
صاحبه لا اي فائدة كانت **وأما** اختلافهما بعد هلاك بعض المبيع فالمذكور هنا قول ابي حنيفة رضي الله عنه
وصورته انه باع عبدين صفقة واحدة ثم هلك احدهما عند المشتري ثم اختلفا في الثمن قال القدوري فيها
لا يتحالفان الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وجعل هذا في النهاية لفظ المبسوط وفي الجامع الصغير
القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يشاء البائع ان ياخذ الحي ولا شيء له وقال
قاضيخان وذكر في الاصل الا ان يشاء البائع ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن الميت شيئا وقال ابو يوسف
يتحالفان في الحي ويفسخ العقد فيه ولا يتحالفان في الهالك ويكون القول في يمينه قول المشتري وقال محمد
يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده
فهلاك البعض اولى ان لا يمنع ولابي يوسف رحمه الله ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة
رحمه الله ان امتناع التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس وورد الشرع به في حال قيام السلعة
والسلعة اسم لجميعها فلا تبقى السلعة بعد فوات جزء منها ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته
من الثمن ولا بد من القسمة على قيمتها والقيمة تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحليف مع الجهل وذلك
لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك فحينئذ يكون الثمن كله بمقابلة الحي ويخرج الهالك
عن العقد فكان العقد وقع على هذا فيتحالفان فان حلفا فسخ العقد فيه واخذه ولا ياخذ من ثمن الهالك
ولا من قيمته شيئا وايهما نكل لزمه دعوى الاخر ولفظ المبسوط يدل على هذا لان المستثنى منه عدم التحالف
لان المذكور فيه قبل الاستثناء قوله لم يتحالفا ولفظ الجامع الصغير يدل على انهما لا يتحالفان ولا يحلف
المشتري وحده لان المستثنى منه يمين المشتري لانه المذكور قبله وقال في النهاية وتكلموا ان هذا
الاستثناء الى ماذا ينصرف قال مشايخ بلخ رحمهم الله ينصرف الى يمين المشتري ومعناه ان البائع ياخذ
الحي منهما صلحا عما يدعيه قبل المشتري من الزيادة ويجعل صلحهما على هذا العبد كصلحهما على عبد اخر وصار
معنى ما قال في الكتاب على قول هؤلاء لا يتحالفان عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويكون القول قول المشتري
مع يمينه الا ان ياخذ البائع الحي ولا ياخذ شيئا اخر فحينئذ لا يحلف المشتري قال شيخ الاسلام
المعروف بخواهرزاده هذا لا يقوى لان الاخذ معلق بمشيئة البائع ولو كان اخذ الحي بطريق الصلح لكان
معلقا بمشيئتهما قال الراجي عفو ربه الباري في هذا الاخذ فائدة له ايضا ولا يحتملها فلا يصار اليه
لان ترك حصة الهالك من الثمن من غير بدل يتقاضاه الباري من الحكمة ثم قال وعامة المشايخ على ان الاستثناء

الاستثناء

منصرف الى التحالف وصار معنى ما قال في الكتاب على قول هؤلاء لا يتحالفان عند ابي حنيفة الا ان يشاء
البائع ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن الميت شيئا فحينئذ يتحالفان لان المذكور قبل الاستثناء التحالف
دون يمين المشتري فكان صرف الاستثناء الى المذكور اولى وبعضهم قالوا بل ينصرف الى يمين المشتري على
معنى ان البائع اذا رضي ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن الميت شيئا فحينئذ لا يحلف المشتري لان البائع اذا
اعرض عن دعواه لا معنى لتحليف المشتري وهذا مثل الاول في عدم الفائدة ثم قال وقال الامام الكيساني رحمه الله
ياخذ البائع في حق الهالك من المشتري فحينئذ لا يحلف لان الاستحلاف انما شرع في حق المشتري ما يقربه
المشتري فحينئذ لا يحلف لان الاستحلاف انما شرع في حق المشتري اذا انكر ما يدعيه البائع من الزيادة
فاذا ترك البائع دعوى الزيادة واخذ الحي ورضي به المشتري فلا حاجة الى استحلاف المشتري والصحيح هو
ترك دعوى الزيادة في الثمن لا ترك ثمن الهالك لان البائع لا يترك من ثمن الهالك كله وانما يترك الزائد
على ما يقر به المشتري ومعنى قوله لا ياخذ شيئا اي لا ياخذ من الزيادة التي يدعيها شيئا وعلى هذا التقدير
يكون الاستثناء منصرفا الى يمين المشتري ومن اصحابنا من قال ينصرف الاستثناء الى التحالف وهو الاظهر
لان المانع من التحالف هو الهالك قد زال بخروجه من ان يكون مبيعا فصار كان المبيع هو الحي وحده او
برضاه بما اقر به المشتري من ثمن الهالك فلم يبق الاختلاف بينهما الا في ثمن الحي فيتحالفان فايهما نكل لزمه
دعوى الاخر ثم تفسير التحالف على قول محمد ظاهر لان الهلاك عنده لا يؤثر فصار كانهما حيان واختلفوا في
تفسيره على قول ابي يوسف فقال بعضهم يتحالفان على القائم وحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف
للفسخ والفسخ لا يرد على الهالك وهذا لا يقوى لان المشتري لو حلف بالله ما اشترى القائم بالف يكون صادقا
لان من اشترى شيئا بالفي درهم ثم حلف انه ما اشتراه احدهما بالف كان صادقا فلم يمنع عن الحلف فلم يفد التحالف
فائدته والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتراهما بما يدعي فان نكل لزمه دعوى الاخر وان حلف يحلف البائع
بالله ما باعهما بالف فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف فسخ العقد بينهما في القائم وسقط حصته من
الثمن ولزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقر به المشتري فانه يقسم على قيمتهما يوم القبض فما اصاب
الحي سقط وما اصاب الهالك لزم المشتري وان اختلفا في قيمة الهالك فان اقام احدهما بينة تقبل بينته وان
اقاما البينة فبينة البائع اولى لانها تثبت الزيادة وان لم يكن لهما بينة كان القول قول البائع لانه هو المنكر
لان الثمن كله كان واجبا على المشتري ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بدعوى قلة قيمة الهالك والبائع
ينكر ذلك فكان القول قوله وهو قياس ما ذكره في الاصل في رجل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما
بعيب وهلك الاخر عند المشتري يسقط عنه ثمن ما رده ويجب عليه ثمن ما هلك عنده ويقسم الثمن على
قدر قيمتهما وان اختلفا في قيمة الهالك واقام احدهما بينة تقبل بينته وان اقاما البينة فبينة البائع
اولى لانها اكثر اثباتا وان لم يكن لهما بينة كان القول قول البائع مع يمينه لانهما اتفقا على وجوب كل الثمن
ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بدعواه ان قيمة الهالك اقل والبائع ينكر فكان القول له ايضا وهذا
الفقه وهو ان الايمان يعتبر فيها الحقيقة لانها تتوجه على احد الخصمين وهما يعرفان حقيقة الحال
فيبنى الامر عليها والبائع منكر حقيقة فكان القول له وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان
حقيقة الامر فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وترجح بالزيادة

الظاهرة وعند ابي حنيفة رحمه الله ان البائع اذا رضي ان يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان
عند بعضهم على الوجه الذي ذكرنا لابي يوسف هذا اذا هلك بعضه بعد القبض وان هلك قبله تحالفان
بالاتفاق وكذا اذا ورد احدهما بعيب لان الحي يعود الى ملكه فلا يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع بعد
ان التعليل بان السلعة اسم لجميعها غير سديد **واما** اختلافهما في بدل الكتابة فالمذكور ههنا قول ابي حنيفة
وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لان الكتابة عقد معاوضة يقبل الفسخ وكل واحد منهما
يدعي على الاخر لان المولى يدعي بدلا زائدا والعبد ينكره والعبد يدعي استحقاق العتق على المولى عند اداء ما
يقر به والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن وهو مثل العقد موافق للقياس متعد اليه
ولابي حنيفة رحمه الله ان البدل في الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ملك التصرف واليد للحال وقد سلم ذلك
للعبد ولا يدعي على مولاه شيئا وقد بينا ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس فلا يتحالفان فيكون القول
قول العبد لكونه منكرا وانما يصير مقابلا بالعتق عند الاداء وقبله لا مقابلة اصلا حتى يقال فيه انه اختلاف
قبل القبض وهذا نظير الاجرة فانها مقابلة بالعين المستأجرة عند العقد ثم تجعل بالمنفعة عند الاستيفاء
وكذا الكتابة ليست في معنى البيع صورة ومعنى لان صورة البيع للاسترباح وهو مبني على التضييق
والكتابة بخلافه والبيع يقبل الفسخ بعد تمامه والكتابة لا تقبل الفسخ بعد التمام فلا تكون في معناه فلا يتحالفان
يوضحه ان البيع لازم من الجانبين فالمصير الى التحالف فيه مفيد حتى اذا نكل احدهما لزمه دعوى الاخر
ولا يتحقق ذلك في الكتابة لان المكاتب اذا نكل لا يلزمه شيء لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والدين فيه غير لازم
حتى لا تجوز الكفالة به ولا نسلم انه معاوضة مطلقا لانه يحل مال المولى من وجه فلا يكون في معنى البيع
فاذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى والانكار فيكون القول للمنكر وهو العبد وان اقام احد
بينة تقبل بينته لانه نور دعواه بها وان اقاما البينة كانت بينة المولى اولى لانها تثبت الزيادة
الا انه اذا ادى قدر ما اقام البينة عليه يعتق لانه اثبت الحرية لنفسه عند اداء هذا القدر فوجب قبول
بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على الف درهم على انه ان ادى خمسمائة يعتق ولا يمتنع ان يكون عليه
بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرنا وكما لو استحق بدل الكتابة فان الحرية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه البدل
واما اذا اختلفا في رأس المال بعد اقالة السلم فلان الاقالة في باب السلم ليس ببيع بل هو ابطال من كل
وجه فان رب السلم لا يملك المسلم فيه بالاقالة بل يسقط فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفا فاعتبر فيه
حقيقة الدعوى والمسلم اليه هو المنكر حقيقة فكان القول قوله ولا يعود السلم ولان المقصود من التحالف فسخ العقد
حتى يعود كل واحد منهما الى رأس ماله واليه الاشارة النبوية بقوله عليه السلام تحالفا وترادا والتحالف
في الاقالة في السلم لا يفيد هذا المقصود وهو فسخ الاقالة لان الاقالة في السلم بعد نفاذها لا تحتمل الفسخ
بسائر اسباب الفسخ الا ترى انهما لو تقايلا الاقالة لا تنتقض وكذا لو كان رأس المال عرضا فقبضه
المسلم اليه ثم رده عليه بعيب بقضاء قاض ثم هلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم فكذا بالتحالف لا تنتقض
الاقالة ولا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع حيث تنتقض بهذه النواقض والفقه فيه ان المسلم فيه
سقط بالاقالة فلو انفسخت الاقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم فيه والساقط لا يحتمل العود بخلاف
الاقالة في البيع لانه عين فامكن عوده الى ملك المشتري **قال** وان اختلفا في مقدار الثمن بعد الاقا

تحالفا معناه اذا اختلفا بعد ما تقايلا قبل قبض المبيع بحكم الاقالة فانهما يتحالفان اذا لم يكن لهما بينة ويعود البيع
الاول لان التحالف قبل القبض موافق للقياس لما ان كل واحد منهما مدع ومنكر فيتعدى الى الاقالة كما
يتعدى الى الاجارة والى الوارث والى قيمة المبيع فيما اذا استهلك المبيع غير المشتري ولو قبض البائع المبيع
بعد الاقالة فلا يتحالفان عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يتحالفان لانه يرى النص معلولا لا بعد
القبض نصا **قال** وان اختلفا في المهر قضي لمن برهن اي لمن اقام البينة لانه نور دعواه بها ولو اقام كل منهما
بينته **قال** وان برهنا فللمرأة اي اذا اقاما البينة كانت بينة المرأة اولى لانها تثبت الزيادة والبينات
للاثبات فكانت اولى وهذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بان كان مثل ما ادعى الزوج او اقل لان الظاهر
يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت اولى وان كان مهر المثل يشهد لها بان كان مثل ما ادعته
او اكثر كانت بينة الزوج اولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات على ما مر وان
كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان اقل مما ادعته المرأة واكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح انهما
تتهاتران لانهما استويا في الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا يكون احدهما اولى
من الاخرى **قال** وان عجزا اي عجزا عن اقامة البينة تحالفا ولم يفسخ النكاح لان يمين كل واحد منهما ينفي به
ما يدعيه صاحبه من التسمية فيبقى العقد بلا تسمية وذلك غير مفسد للنكاح فلا حاجة الى الفسخ بخلاف البيع
قال بل يحكم مهر المثل فيقضى بقوله لو كان كما قال او اقل وبقولها لو كان كما قالت او اكثر وبه لو بينهما اي بين
ما قاله هو وبين ما قالته هي لانه لما انتفى بيمينهما التسمية احتيج الى تحكيم مهر المثل فيقضى بقول من يشهد له مهر
المثل وان لم يشهد لواحد منهما بان كان اقل مما ادعت واكثر مما اقر به هو قضي بذلك وهذا تخريج الكرخي رحمه الله
وتخريج الرازي خلاف ذلك فانه يبدأ باليمين اولا ويجعل القول لمن يشهد له الظاهر وهو مهر المثل مع يمينه
وان لم يشهد لواحد منهما بان كان بينهما تحالفا ويبدأ بيمين الزوج لتعجيل الفائدة وقد بيناه مفصلا في النكاح
وعند ابي يوسف لا يتحالفان ويكون القول قول الزوج مع يمينه الا ان يأتي بشيء مستنكر وقد بيناه في النكاح
قال ولو اختلفا في الاجارة قبل الاستيفاء تحالفا يعني قبل استيفاء المنافع لان الاجارة قبل قبض المنفعة نظير
البيع قبل قبض المبيع من حيث ان كل واحد منهما مدع على صاحبه ومنكر لما يدعيه صاحبه ومن حيث انها تحتمل
الفسخ وانما عقد معاوضة **فان قيل** قيام المعقود عليه شرط للتحالف والمنفعة معدومة فوجب الا يجري
فيها التحالف **قلنا** في المعدوم يجري التحالف كما في السلم ولان العين المستأجرة اقيمت مقام المنفعة في
حق ايراد العقد عليها فصارت كانها قائمة ثم ان كان الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستأجر وان وقع في المنفعة
بدئ بيمين المؤجر وايهما نكل لزمه دعوى الاخر وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاماها فبينة المؤجر
اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان الاختلاف في المنفعة فبينة المستأجر اولى وان كان الاختلاف فيهما
فبينة المؤجر اولى في الاجرة وبينة المستأجر اولى في المنفعة لان البينة للاثبات فما كان اكثر اثباتا كان
اولى **قال** وبعده لا والقول قول المستأجر اي ان اختلفا بعد استيفاء المنافع لا يتحالفان وكان القول
قول المستأجر مع يمينه لان فائدة التحالف الفسخ والمنافع المستوفاة لا يمكن فسخ العقد فيها فامتنع التحالف
وهذا عندهما ظاهر وكذا عند محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده في البيع لما ان له قيمة تقوم مقامه
فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد

لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما

وبالفسخ يرتفع العقد فتبين انه لا عقد فاذا امتنع التحالف كان القول قول المستاجر لانه هو المنكر قال
والعقد يعتبر بالكل معنا فاذا استوفى بعض المنافع وبقي البعض يعتبر كل واحد منهما بالكل حتى يمتنع التحالف
في المستوفى ويكون القول فيه قول المستاجر كما لو استوفى الكل ويجري التحالف في الباقي وينفسخ العقد
فيه كما اذا لم يستوف شيئا وهذا بالاجماع فابو يوسف مر على اصله في هلاك بعض المبيع فان التحالف فيه
عنده يتعدد ويتعدى الى الباقي وهما خالفا اصلهما في المبيع والفرق لمحمد ما بيناه في استيفاء الكل من
ان المنافع لا تتقوم الا بالعقد فلو تحالفا لا تنتفي العقد فلم يمكن ايجاب شيء والفرق لابي حنيفة ان العقد في
الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فيصير كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدا
على حدة فلا يلزم من تعذر التحالف في الماضي تعذره فيما بقي اذ هما في حكم عقدين مختلفين فيتحالفان فيه بخلاف
ما اذا هلك بعض المبيع حيث يمتنع التحالف فيه عنده في الكل لانه عقد واحد فاذا امتنع في البعض امتنع في
الكل ضرورة ولا يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع على ما بينا من قبل قال واذا اختلف الزوجان في
متاع البيت فالقول لكل واحد منهما فيما يصلح له لان الظاهر يشهد له ولا فرق في ذلك بين ان يكون النكاح
قائما بينهما او لم يكن قائما ومما يصلح للرجل العمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة
والكتب والقوس والدرع الحديد فيكون القول فيها قوله مع يمينه لما بينا ومما يصلح للمرأة الخمار والدرع
والاساورة وخواتيم النساء والحلي والخلخال وامثال ذلك فان القول فيها قولها مع يمينها لما ذكرنا
الا اذا كان الزوج يبيع هذه الاشياء فلا يكون القول قولها لتعارض الظاهرين وكذا اذا كانت المرأة تبيع
ما يصلح للرجال لا يكون القول قولها في ذلك قال وله فيما يصلح لهما اي اذا اختلفا فيما يصلح لهما كان
القول قوله لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد في الدعاوى بخلاف ما يختص بالمرأة
لان ظاهره يعارضه ظاهر اخر من جهتها وهو اختصاصها فيترجح بالاستعمال من جهتها والذي يصلح لهما الفرش
والامتعة والاواني والرقيق والعقار والمواشي والنقود قال فان مات احدهما فللحي اي اذا مات
احد الزوجين واختلف الحي منهما مع ورثة الاخر كان المتاع للحي ومراده من المتاع ما يصلح لهما وهو المشكل
وما لا اشكال فيه وهو ما يصلح لاحدهما ولا يصلح للاخر فهو على ما كان قبل الموت وتقوم ورثته مقامه
فيه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وخالفه ابو يوسف رحمه الله في المشكل فقال يدفع الى المرأة من
المشكل ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه ولورثته بعد موته وقال محمد مثل ما قال ابو حنيفة
الا ان ما يصلح لاحدهما فهو له وما يصلح لهما فهو للزوج الا ان قوله هذا لا يختلف بين ان يكون في حياتهما او بعد
موت احدهما وحاصله انهم اتفقوا ان ما يصلح لاحدهما فهو لمن يصلح له في الحياة والموت حتى تقوم ورثته
مقامه واختلفوا فيما يصلح لهما فابو حنيفة جعله للزوج في حال حياتهما وللباقي منهما بعد موت
احدهما ومحمد جعله للزوج في الحالين وابو يوسف جعل منه للمرأة قدر ما يجهز به مثلها في الحالين لانها
لا تأتي بالجهاز عادة فكان الظاهر شاهدا لها وهو اقوى من ظاهر يد الزوج فيبطل به ظاهره ولا
معارض في الباقي فيعتبر ولهما في الاستواء بين الحالتين ان الورثة يقومون مقام الميت لانهم خلفاؤه
فلا يتغير الحكم في المشكل بالموت كما لا يتغير في غير المشكل ولابي حنيفة رحمه الله ان يد الباقي منهما اسبق
الى المتاع لان الوارث يثبت يده بعد موت المورث فيقع به الترجيح كما يقع بالصلاحية للاستعمال

على ما بينا بل اولى لان لليد رجحانا مطلقا حتى يرجح به في غير هذا الباب بخلاف الصلاحية ولا يد للباقي
منهما في نفسه فكان كما لو اختلفا عند المورث فلا يعارض الاصل وقال زفر رحمه الله المشكل بينهما نصفان
والباقي مثل ما قال ابو حنيفة وعنه ان المتاع كله بينهما نصفان وبه قال مالك والشافعي لانهما استويا
في سبب الاستحقاق اذ هما ساكنان في بيت واحد والبيت مع ما فيه في ايديهما ولا معتبر بالشبه في
الخصومات الا ترى ان اسكافا وعطارا لو اختلفا في آلة الاساكفة او آلة العطارين وهي في ايديهما قضي
بها بينهما نصفان ولا ينظر الى ما يصلح لاحدهما لانه قد يتخذه لنفسه او للبيع فلا يصلح مرجحا وقال الحسن
البصري المتاع كله للمرأة وليس للرجل الا ما عليه من ثياب بدنه لان المرأة هي الساكنة فيه ولهذا تسمى
قعيدته وهي صاحبة البيت على ما في البيت اقوى واظهر من يد غيره وفي الدعاوى يقدم صاحب اليد وقال
ابن ابي ليلى المتاع كله للزوج كيف ما كان لان المرأة في يد الزوج فما في البيت ايضا في يده وان كان البيت
لها الا ترى انه صاحب البيت وان البيت يضاف اليه فصار بمنزلة المؤجر مع المستاجر اذا اختلفا في متاع
المنزل فان القول للمستاجر لكونه مضافا اليه بالسكنى وليس للمؤجر سوى ما عليه من ثياب بدنه فكذا
هذا وهي المسبعة وقد ذكرنا الاقاويل السبعة بحمد الله تعالى قال ولو احدهما مملوكا فللحر في
الحياة وللحي في الموت اي لو كان احد الزوجين مملوكا واختلفا في متاع البيت كان المتاع للحر في حال
حياتهما وللحي منهما بعد موت احدهما ايهما كان لان يد الحر اقوى لانها يد ملك ولا كذلك يد المملوك واما اذا
مات احدهما فلا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض فكان للحي منهما هكذا ذكر الحكم في الهداية والجامع
الصغير للصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس الائمة الحلواني وفخر الاسلام وقاضيخان وقال
شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الجامع الصغير وكذلك ان مات احدهما كان المتاع للحر منهما
ثم قال وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو ومبني على اطلاقه قول ابي حنيفة وقالا العبد المأذون له في
التجارة والمكاتب كالحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء وهو في
ايديهما يقضى به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه حتى يقضى به بينهما
فكذا في متاع البيت وابو حنيفة يقول ان يد المملوك لا تكون مساوية ليد الحر فانه يد نفسه من كل
وجه ويد المملوك يد الغير وهو المولى من وجه ولان يد الحر يد ملك حقيقة ويد المملوك ليست يد ملك
فكانت يد الحر اقوى فترجح به في حق متاع البيت الا ترى انها تترجح بالصلاحية فهذا اولى ان تترجح به
بخلاف سائر الخصومات فانها لا تترجح بالصلاحية فكذا لا تترجح بالحرية لان الظاهر هنا يشهد
بالاستعمال فكانت الصلاحية والملك فيه اقوى دلالة عليه فترجحت وبهذا ايجاب على قول زفر ومن
قال بقوله في استوائهما على التنصيف باختلاف العطار والاسكاف في آلة احدهما فيما تقدم والله اعلم

فصل

قال رحمه الله قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه او اجرنيه او اعارنيه فلان
الغائب او رهنه او غصبته منه وبرهن عليه دفعت خصومة المدعي لانه اثبت ببينته ان اليد
وصلت اليه من جهة الغائب وان يده ليست بيد خصومة فصار كما اذا اقر المدعي بذلك او اثبت
ذو اليد اقراره به والشرط اثبات هذه الاشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه
الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة ولو اقام البينة به

لانه بظاهر يده صار خصما ولا يخرج عنه باقامة البينة لان الملك لا يثبت بها للغائب لعدم الخصم عنه
ولا ولاية لاحد في ادخال الشي في ملك غيره بغير رضاه وخروجه من ان يكون خصما في ضمن ثبوت الملك
لغيره فلا يثبت المتضمن دون اصله كالوصية الثابتة في ضمن البيع بالمحاباة يبطل ببطلان البيع فصار
نظير ما لو ادعاها بعد هلاكها او ادعى عليه الفعل كالغصب ونحوه وقال ابن ابي ليلى تندفع الخصومة
باقراره للغائب من غير اقامة البينة لان كلامه اقرار منه بالملك للغائب والاقرار موجب للحق بنفسه
لخلوه عن التهمة فالتحق بالبينة فيثبت ما اقر به بمجرد الاقرار الا ترى ان من اقر بعين لغائب ثم اقر بها
لحاضر فرجع الغائب وصدقه يؤمر بالتسليم اليه وكذا الصحيح لو اقر لغيره بشي في مرضه فصدقه المقر له في
مرضه كان اقراره اقرار الصحيح وكذا لو اقر بشي لشخص ثم غاب يقضى عليه به ويؤخذ من ماله ولولا ان
اقراره موجبا بنفسه لما كان كذلك ولانه لا يخلو اما ان يكون صادقا او كاذبا فان كان صادقا فلا خصومة
بينهما وان كان كاذبا فاقراره على نفسه صحيح فيثبت به ان يده يد حفظ لا يد خصومة قلنا ان بينته اثبتت
امرين الملك للغائب وهو ليس بخصم فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه فيثبت في حقه
كالوكيل بنقل المراة او الامة اذا اقامت بينة على الطلاق او العتاق تقبل في حق قصر يد الوكيل دون ثبوت
الطلاق او العتاق على ما بينا من قبل فصار كان المدعي اقر بذلك او اثبت اقراره به وهذا لان مقصود ذي
اليد اثبات يد حافظة لنفسه لا اثبات الملك للغائب ولا يملك دفعها بمجرد اقراره لان الخصومة توجهت عليه
بظاهر يده ولهذا يجبر بالحضور ويؤخذ منه الكفيل فلا يقدر على دفعها الا بحجة كما اذا ادعى احالة
غريمه على غيره ولان دفعها بلا بينة يؤدي الى اتواء الحقوق لان كل احد لا يعجز عنه وقوله وخروجه
من ان يكون خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره الى اخره قلنا ثبوت الملك متوقف على قبوله فيتوقف بموجبه
واندفاع الخصومات منها فيتوقف عليه حتى اذا صدقه تبين ان ملكه كان ثابتا من وقت الاقرار
وان يده كانت حافظة لا يد خصومة ولهذا يؤمر بالتسليم الى المقر له اذا حضر ويعتبر حاله من الصحة
والمرض في تلك الحالة ويسلم القاضي العين الى المقر له اذا غاب المقر بعد اقراره عنده بخلاف ما اذا ادعى
الغير بعد هلاكها عنده حيث لا تندفع الخصومة عنه وان اقام بينة على انها كانت وديعة عنده بالاتفاق
لان المدعي بعد هلاك العين يدعي عليه القيمة وهي في ذمته الا ترى ان القاضي يقضي بها على مودع الغاصب
فلا يتبين ان ذمته كانت لغيره وفي العين يتبين وبخلاف ما اذا ادعى الفعل عليه كالغصب وغيره لان ذا
اليد صار خصما للمدعي باعتبار دعوى الفعل عليه فلا تندفع الخصومة باقامة البينة ان العين لغيره
الا ترى ان دعوى الفعل يجوز على غير ذي اليد فلا تندفع بالتحول ودعوى الملك لا يجوز فتندفع بالتحول
لانه صار خصما باعتبار يده فاذا اثبت بالبينة ان يده حافظة وليست بيد خصومة اندفعت الخصومة
عنه وقال ابو يوسف اخرا ان كان المدعى عليه صالحا فالجواب كما ذكرنا وان كان معروفا بالحيل والافعال
لا تندفع عنه الخصومة وان اقام بينة ان العين للغائب لان المحتال من الناس ياخذ مال غيره غصبا
ويدفعه سرا الى غريب يريد ان يغيب من البلد ويواعده ان يرده عليه على رؤس الاشهاد ليمكنه الاشهاد
على ان هذا الشي اودعه غيره عنده ما لا يدعيه صاحبه فيضيع بذلك ماله فيجب على القاضي ان ينظر
في احوال الناس ويعمل بمقتضى حالهم ورجع الى هذا القول بعدما ولي القضاء وابتلي بامور الناس وليس

الغاصب

صح

وليس الخبر كالعيان وهذا كله فيما اذا قال الشهود نعرف صاحب المال وهو المودع او المعير باسمه
ونسبه ووجهه لان المدعي يمكنه ان يتبعه وان قالوا لا نعرفه بشي من ذلك لا يقبل القاضي شهادتهم
ولا تندفع الخصومة عن ذي اليد بالاجماع لانهم ما احالوا المدعي على رجل معروف يمكن مخاصمته ولعل
المدعي هو ذلك الرجل ولو اندفعت لبطل حقه ولانه لو كان المدعي هو المودع لا يبطل وان كان غيره يبطل
فلا يبطل بالشك والاحتمال دفعا للضرر عنه ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا
تندفع الخصومة عند محمد لانها توجهت عليه باليد فلا تندفع عنه الا اذا احاله على معروف يمكن الوصول
اليه كيلا يتضرر المدعي والمعرفة بوجهه فقط لا يكون معرفة الا ترى الى قوله عليه السلام لرجل اتعرف
فلانا فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه وهذا لو حلف لا يعرف
فلانا وهو لا يعرفه الا بوجهه لا يحنث فاذا لم يكن معروفا الا بوجهه عند الشهود لا يتمكن المدعي من
اتباعه فيتضرر باندفاعها عنه وعند ابي حنيفة تندفع الخصومة عنه لانه اذا اثبت ببينته ان
العين اخذها من غير المدعي وان يده يد حفظ اذ الشهود يعرفون المودع بوجهه ويقولون انه غير
هذا المدعي ومقصود ذي اليد اثبات يد حافظة وان العين ليست لهذا الحاضر وبهذه البينة كان له هذا
المقصود وحصول الضرر للمدعي بعدم التمكن من اتباعه مضاف الى نفسه حيث نسي خصمه او الى شهوده
حيث لم يعرفوا له خصمه فاضروا به ونحن لا نسلم انه بمثله لا يثبت التعريف ولئن ليس تعريف خصمه على
ذي اليد وانما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وان يده يد حفظ وذلك يحصل بمثله ولا يحتاج فيه الى معرفته
من كل وجه وينبغي ان يكون على قول ابي يوسف على التفصيل الذي ذكرنا وتسمى هذه المسئلة مخمسة كتاب
الدعوى لان فيها خمس صور من دعوى الوديعة والعارية وغيرهما او فيها اختلاف خمسة من الائمة وقد
بيناه بحمد الله تعالى قال وان قال ابتعته من الغائب او قال المدعي غصبته او سرق مني وقال ذو اليد
اودعنيه فلان وبرهن عليه لا اي لا تندفع الخصومة في هذه الصور وان اقام المدعى عليه بينة انه اودعه
فلان لان ذا اليد في المسئلة الاولى بدعواه الشراء من الغائب صار معترفا بان يده يد ملك فيكون معترفا بانه
خصم وفي المسئلة الثانية ان المدعي لما قال لصاحب اليد غصبته مني صار ذو اليد خصما باعتبار دعوى
الفعل عليه وفيه لا يمكنه الخروج عنها بالاحالة على غيره لان اليد في الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح
دعواه على غير ذي اليد ولا تندفع الخصومة بانتفاء حقيقة بخلاف دعوى الملك المطلق وقد ذكرناه
من قبل ولو اقام الخارج البينة فقضي له به ثم جاء المقر له الغائب واقام بينة على ذلك تقبل بينته لان
الغائب لم يصر مقضيا عليه وانما قضي على ذي اليد خاصة وفي الثالثة قول المدعي سرق مني يجوز دعوى
للفعل عليه في المعنى استحسانا وانما جعله بالبناء للمفعول لاجل الستر عليه كيلا يقطع يده فصار كانه قال
سرقته مني وقال محمد رحمه الله تندفع الخصومة عنه وهو القياس لانه لم يدع عليه الفعل فصار
كما لو قال غصب مني على البناء للمفعول ووجه الاستحسان ما ذكرنا بخلاف مسئلة الغصب لانه لم يدع
عليه الفعل وليس فيه ما يوجب العدول عنه اذ الحد لا يجب على فاعله فلا يحترز عن كشفه ولو ادعى انه
اشتراها من ذي اليد وقبضها ونقد الثمن واقام ذو اليد البينة ان فلانا اودعها اياه اندفعت الخصومة
وان ادعى على ذي اليد فعلا لان المدعي عقد استوفى احكامه فصار كالمعدوم فكان دعوى ملك مطلق

اي دعوى الفعل

البينة صح

حتى لو لم يشهدوا على قبضه لم يندفع **قال** وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال ذو اليد اودعنيه
فلان ذلك سقطت الخصومة لانهما اتفقا على ان اصل الملك لغير المدعي فيكون وصوله الى يده من جهة غيره
للمدعي ضرورة فلم يكن ذو اليد خصما ولا للمدعي اخذه من يده الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه فياخذه
لكونه احق بالحفظ ولو صدقه ذو اليد في شرائه منه لا يامره القاضي بالتسليم اليه حتى لا يكون قضاء على
الغائب باقراره وهي عجيبة ولو قال ذو اليد اودعنيه وكيل فلان ذلك لا يندفع الخصومة الا ببينة
لان وصول الدار الى يد ذي اليد لم يثبت من جهة من اشترى هو منه لانكار ذي اليد ولا من جهة وكيله
لانكار المدعي وكذا لو اثبت بالبينة انه دفعها الى الوكيل ولم يشهدوا ان الوكيل دفعها الى ذي اليد بخلاف
المسالة الاولى وهي مسالة الكتاب لان وصول العين اليه من جهة الغائب ثبت بتصادقهما باقرار ذي
اليد نصا وباقرار المدعي ضرورة لان الشراء منه لا يصح ما لم يكن المبيع في يده والظاهر انه وصل اليه من
جهته ولو قال ذو اليد ان فلانا اودعنيه العين فقال المدعي كان اودعك اياها ثم وهبها منك او باعك
اياها واخذ ذو اليد يستحلف بالله انه ما وهبها له ولا باعها منه فان نكل عن اليمين جعله خصما لان
نكوله كاقراره بذلك وعندنا ان اقراره بالشراء اعتراف منه بانه خصم وان حلف لم يكن خصما ولا
يحتاج الى اقامة البينة بالوديعة لاقرار المدعي بها ٥ والله اعلم بالصواب ٥

باب ما يدعيه الرجلان ٥

قال برهنا على ما في يد آخر قضي لهما يعني اذا ادعى اثنان عينا في يد غيرهما وزعم كل واحد منهما انها له
ولم يذكرا سبب الملك ولا تاريخه قضي بالعين بينهما لعدم الاولوية وعن الشافعي انهما تهاترا وعنه
انه يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة ان يملك شخصان عينا واحدة كل واحد منهما
لها فتعين التهاتر لعدم الاولوية كما في دعوى النكاح او المصير الى القرعة لما روي انه عليه السلام اقرع
بين رجلين تنازعا في امة واقام كل واحد منهما بينة انها له فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم
قضى بها لمن خرجت له قرعته ولان القرعة لتعيين المستحق اصل في الشرع كما في القسمة وقال مالك يقضى
لاعدلهما بينة لان الشهادة تترجح بالعدالة فالاعدل اقوى في الحجة فلا يزاحمه الاضعف وقال
الاوزاعي يقضى لمن كان شهوده اكثر عددا لان طمانينة القلب الحاصلة به ارجح **ولنا** ما روي عن ابي موسى
ان رجلين ادعيا بعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما شاهدين فقسمه رسول الله
صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين رواه ابو داود وعن ابي موسى ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم في دابة ليس لواحد منهما بينة فجعلها بينهما نصفين رواه ابو داود والنسائي واحمد وغيرهم ولانهما
استويا في سبب الاستحقاق وهو قابل للاشتراك فيستويان في الاستحقاق كالموصى لهما بان
اوصى لكل واحد منهما بالثلث فانه يقسم الثلث بينهما نصفين وكذا الغريمان في التركة بخلاف النكاح لانه لا
يقبل الاشتراك فتعين التهاتر ولان البينات من حجج الشرع فيجب العمل بها ما امكن وقد امكن هنا لان اليد
قد تثبت في عين واحدة في اوقات مختلفة فيعتمد كل فريق ما شاهده من السبب المطلق للشهادة وهو
اليد فيحكم بالتنصيف بينهما ولا يجوز الترجيح بكون الشهود اعدل لحصول المقصود بالعدل وهو الامتناع
عن الكذب وكذا لا يجوز الترجيح بكثرة العدد لان الترجيح يكون بقوة في الدليل لا بكثرته وما روي انه

عليه السلام اقرع بينهما ان صح فهو محمول على انه كان في وقت القمار مباحا ثم انتسخ بانتساخ القمار الا ترى ان القرعة
لتعيين الاستحقاق تكون قمارا فلا يجوز لكونها قمارا فلهذا لا تعين المستحق وانما يقرع في القسمة لتطييب القلوب ونفي التهمة
لا للاستحقاق الا ترى ان للامام ان يقسم بلا قرعة فلا يكون ذلك من باب القمار **قال** وعلى نكاح امراة
سقطا وهي لمن صدقت او سبقت بينته يعني لو اقام اثنان بينة على ان هذه المراة زوجته تهاترت البينتان
لتعذر القضاء بهما اذ النكاح لا يقبل الاشتراك وهي زوجة لمن صدقته منهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق
الزوجين فيرجع الى تصديقها فيجب اعتبار قولها ان احدهما زوجها او اسبقهما نكاحا الا اذا كانت في بيت احدهما
او دخل بها احدهما فيكون هو اولى ولا يعتبر قولها لان تمكنه من نقلها او من الدخول بها دليل على سبق عقده
الا ان يقيم الآخر البينة انه زوجها قبله فيكون هو اولى لان الصريح يفوق الدلالة فلا يعتبر معه فصار
نظير ما لو ادعى رجل نكاح امراة فاقام بينة فحكم له به حتى لا تقبل دعوى احد النكاح فيها بعده لكونها
اقوى لاتصال القضاء بها وهو المراد بقوله او سبقت بينة احدهما الا انها لما سبقت وحكم بها تاكدت فلا
تنقض بغيرها من المناكرة الا اذا اثبت الثاني ان نكاحه اسبق فحينئذ يكون اولى لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا
وحاصله انهما اذا تنازعا في امراة واقاما البينة فان ارخا وكان تاريخ احدهما اقدم كان هو اولى وان لم
يؤرخا او استوى تاريخهما فان كان مع احدهما قبض كالدخول بها او نقلها الى منزله كان هو اولى وان لم يوجد
شيء من ذلك يرجع الى تصديق المراة **قال** وعلى الشراء منه لكل نصفه بنصف الثمن ان شاء اي لو اقام كل واحد من
الخارجين بينة على الشراء من ذي اليد بلا تاريخ كان لكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن ان شاء وان شاء ترك لانهما
لما استويا في السبب وجب على القاضي ان يقضي بينهما لتعذر القضاء بكله لكل واحد منهما على ما بينا فيتخير كل واحد
منهما لتغير شرط عقده عليه فصار نظير الفضوليين اذا باع كل واحد منهما عبدا واحدا من رجل فاجاز المولى
البيعين وهذا لانه لما جهل التاريخ جعل كانه باعه من كل واحد منهما في وقت واحد حكما وان لم يمكن ذلك
حقيقة او يحمل على ان البيع لكل واحد منهما صدر من وكيله وذلك ممكن في وقت واحد **قال** وبإباء
احدهما بعد القضاء لم ياخذ الآخر كله اي لو قضى به القاضي بينهما وابى احدهما ان ياخذ المبيع بل اختار الفسخ فليس
للآخر ان ياخذ كله لانه صار في النصف مقضيا عليه فانفسخ البيع فيه وانما قلنا ذلك لانه ببينته استحق
جميعه وكان يسلم له لولا بينة صاحبه ولما قضى القاضي بينهما صار مستحقا عليه وانفسخ البيع في النصف
فلا يكون له اخذه بعد الانفساخ بخلاف ما لو ترك احدهما قبل القضاء به حيث يكون للآخر ان ياخذ جميعه لانه
اثبت ببينته انه اشترى الكل وانما يرجع الى النصف بالمزاحمة ضرورة القضاء به بينهما ولم يوجد فصار نظير
تسليم احد الشفيعين فانه اذا كان قبل القضاء فللآخر ان ياخذ الكل وان كان بعده فليس له ان ياخذ الا النصف
لانه يستحق بالسبب كله والانقسام للمزاحمة ضرورة القضاء بينهما **قال** وان ارخا فللسابق اي لانهما
لما ادعيا الشراء من ذي اليد اتفقا على انه مالك للمبيع ثم اثبت احدهما الشراء منه في وقت لا ينازعه فيه احد فاندفع
به الآخر بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر غير الذي يدعي الشراء منه الآخر حيث لا يترجح فيه
صاحب التاريخ الاسبق لان كل واحد منهما فيه خصم عن بائعه في اثبات الملك له وملك بائعيهما لا تاريخ فيه
فصار كانهما حضرا واثبتا الملك لانفسهما مطلقا من غير تاريخ وكذا لو ارخت احداهما ولم تؤرخ
الاخرى كان صاحب التاريخ اولى لانهما اتفقا على ان الملك للبائع ولم يثبت الملك لهما الا بالتلقي منه وان شراهما

حادث فالحادث يضاف الى اقرب الاوقات الا اذا اثبت التاريخ فيثبت تقدمه به فلهذا كان المؤرخ اولى
بخلاف ما اذا اختلف بايعهما على ما بينا وبخلاف ما اذا ادعيا الملك ولم يدعيا الشراء من ذي اليد حيث لا يكون
صاحب التاريخ اولى عند ابي حنيفة ومحمد على ما نبين فرقه من قريب ان شاء الله تعالى **قال** والا فالذي
القبض اي ان لم يكن لهما تاريخ ومع احدهما قبض كان صاحب القبض اولى لان تمكنه من قبضه دليل على سبق شرائه
ولانهما استويا في اثبات الشراء من ذي اليد وترجح احدهما بالقبض فلا ينقض قبضه الثابت المتحقق بالاحتمال
والشك حتى لا ينقض بتاريخ الاخر ايضا لبقاء الاحتمال فيه الا اذا اثبت شراءه قبل شراء صاحب اليد فحينئذ
يكون هو اولى لانقطاع الاحتمال وهذا بخلاف ما اذا اختلف بايعهما ولاحدهما قبض حيث يكون فيه غير
القابض اولى لانهما يحتاجان الى اثبات الملك لبايعهما اولا فاذا يجتمع فيه في حق البايعين بينة الخارج وبينة
ذي اليد فكانت بينة الخارج اولى وفيما نحن فيه لا يحتاجان الى اثبات الملك للبايع لثبوته بتصادقهما فكان
المنظور اليه سبب الاستحقاق لهما فقط والسبب في حق القابض اقوى لتاكده بوجود القبض **قال**
والشراء احق من الهبة معناه اذا ادعى احدهما شراء من شخص وادعى الاخر هبة وقبضا من ذلك الشخص بعينه واقاما
البينة ولا تاريخ معهما كان الشراء اولى لانه اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ومثبتا للملك بنفسه بخلاف ما اذا
اختلف المملك لهما او ارخا حيث لا يكون الشراء فيه اولى لانهما عند اختلاف المملك يصير كل واحد منهما
خصما عن مملكه لحاجته الى اثبات الملك وهما في ذلك سواء وفيما اذا اتحد المملك له لثبوته باتفاقهما وانما
حاجتهما الى اثبات سبب الملك لانفسهما وفيه يقدم الاقوى وفيما اذا ارخا معهما تاريخ والمملك لهما واحد
كان الاقدم منهما تاريخا ثبوت ملكه في وقت لا ينازعه فيه احد بخلاف ما اذا كان المملك لهما مختلفا حيث
لا يعتبر فيه سبق التاريخ على ما نبينه من قريب ان شاء الله تعالى وكذا الشراء مع الصدقة في جميع ما ذكرنا من الاحكام
لما بينا من المعنى ودعوى الهبة والصدقة مع القبض فيهما سواء بان لا يستويا في وجه التبرع ولا ترجيح
للصدقة باللزوم لان اثر اللزوم يظهر في ثاني الحال وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل والترجيح
يكون بمعنى قائم في الحال ولان الرجوع انما امتنع لحصول المقصود بها وهو الاجر لا لقوة في السبب ولو
حصل المقصود بالهبة لا يرجع ايضا كما اذا كانت لذي الرحم المحرم او عوضه الموهوب له عنها والصدقة
قد لا تكون لازمة بان كانت لغني وهذا فيما لا يحتمل القسمة من غير خلاف لان الشيوع لا يضره واختلفوا
فيما يحتمل القسمة والاصح انه لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان
وقيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما يجوز بناء على ان هبة الواحد من اثنين جائز عندهما خلافا له وهذا لان
الملك يستفاد بقضاء القاضي وقضاؤه كهبة الواحد من اثنين وقيل يجوز بالاجماع لان الشيوع طارئ
اذ كل واحد منهما اثبت قبض الكل ثم حصل الشيوع بعد ذلك وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة والاصح انه
لا يجوز بالاجماع لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضي له بالعقد الذي شهد به شهوده وعند
اختلاف العقدين لا تجوز الهبة من رجلين بالاجماع وهذا فيما اذا لم يوقت البينتان فلم يكن مع واحد منهما
قبض واما اذا وقتا فصاحب الوقت الاقدم اولى وان لم يوقتا ومع احدهما قبض كان هو اولى وهذا ان
وقت صاحبه على ما بينا في الشراء من ذي اليد **قال** والشراء والمهر سواء يعني اذا ادعى احدهما شراء عين من رجل
وادعت امرأة ان ذلك الرجل تزوجها على ذلك فهما سواء لاستواء السببين في القوة لان كل واحد منهما

عقد معاوضة ويثبت الملك بنفسه بخلاف الهبة والبيع على ما بينا ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين
على الزوج لاستحقاق نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ البيع لتفرق
الصفقة عليه وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشراء اولى حملا لامر المسلمين ولها على الزوج
قيمة العين لان العمل بالبينتين ممكن فيصار اليه اذ البينة من حجج الشرع والعمل بها مهما امكن واجب وقد امكن العمل
بهما بان يقدم الشراء اذ النكاح على عين مملوكة للغير جائز ويجب قيمته عند تعذر تسليمها بخلاف العكس لان
تقدم النكاح مبطل للبيع اذ لا يجوز بيع ملك الغير من غير اجازة المالك ولنا ان المقصود من السبب حكمه وحكم
النكاح ملك المسمى فيه ومتى قدر متاخرا لم يوجب حكمه فلا يصار اليه كما لا يصار الى تاخير الشراء فيجعل كانهما
وقعا معا وهما سواء في افادة ملك العين فلا يتقدم احدهما على الاخر ودعوى الشراء منهما بل القياس ان يكون
النكاح اولى من الشراء لانه اقوى الا ترى انه يفيد ملك العين والتصرف بنفس العقد ولا يبطل بالهلاك قبل
التسليم الا انا سوينا بينهما لما ذكرنا ولان فيما قاله محمد رحمه الله اثبات تاريخ لم يشهد به احد وهو لا
يجوز اثباته الا بحجة **قال** والرهن احق من الهبة يعني لو ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا
من صاحب اليد واقاما البينة فلم يكن مع واحد منهما تاريخ ولا قبض كان الرهن اولى وهذا استحسان والقياس
ان تكون الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت البينة المثبتة اولى وهذا رواية كتاب
الشهادات **وجه** الاستحسان ان الرهن مضمون والهبة امانة والمضمون اقوى فكان اولى بخلاف الهبة
بشرط العوض لانها بيع انتهاء والبيع اولى لكونه عقد ضمان يثبت الملك للحال صورة ومعنى والرهن لا يثبته
الا عند الهلاك معنى لا صورة **قال** ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ او على الشراء من واحد فالاسبق
احق اي لو اقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ او على الشراء من واحد غير ذي اليد وعلى التاريخ كان
اسبقهما تاريخا اولى فيهما **اما** الاولى فالمراد به ما ذكر في اول الباب وانما اعاده هنا لاجل ذكر
التاريخ وانما كان اسبقهما تاريخا فيها اولى لانه اثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه احد وجعل الكرخي
هذا القول متفقا عليه لان دعوى ملك مطلق دعوى الملك من جهة المدعى عليه لان ما يستحقه على ذي اليد
من الملك الثابت بظاهر يده يعتبر استحقاقا للملك على ذي اليد من جهته والتاريخ معتبر في
دعوى التملك فصار كما لو ادعيا التملك بالشراء من جهة المدعى عليه وجعل صاحب الامالي هذا قول
ابي حنيفة وقول محمد اولا وهو قول ابي يوسف اخرا وفي قول محمد اخرا وهو قول ابي يوسف اولا هو
بينهما لانه لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق لانه دعوى اولية الملك بمعنى حتى يستحق بزوائده
المنفصلة كالنتاج والمقصود من اثبات التاريخ اثبات زيادة الاستحقاق على خصمه لتبنى
بينته على بينة الخصم فاثبات زيادة الاستحقاق لا يتصور في دعوى اولية الملك فكان التقدم والتاخر
فيه سواء ولو ارخت احداهما دون الاخرى فهما سواء عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف المؤرخ اولى وقال
محمد المبهم اولى لان البينة على الملك المطلق يدل على الملك من الاصل على ما بينا الا ترى انه يستحق به
الاولاد والاكساب وملك الاصل اولى من التاريخ ولابي يوسف ان المؤرخ ملكه متقرر في ذلك الوقت
ولم يتقرر ملك الاخر لان المتيقن اولى من المحتمل فصار نظير ما لو ادعيا الشراء من واحد ولابي حنيفة
رحمه الله ان المبهم يحتمل ان يكون اقدم فلا يترجح المؤرخ مع الاحتمال بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من

واحد ولابي حنيفة رحمه الله ان المبهم يحتمل ان يكون اقدم فلا يترجح المورخ لانهما اتفقا على الحدوث فيضاف الى
اقرب اوقاته ما لم يورخ فاذا ارخ دل على سبق ملكه فيترجح به على الاخر وان لم يورخ واحد منهما فهما سوا على ما
ذكرنا في اول الباب وكذا اذا ارخا تاريخا واحدا لعدم المرجح واما الثانية فلانهما لما ادعيا الشرا من
شخص واحد فقد اتفقا على ان الملك له ثم انما يتلقى من جهته في زمان لا نزاحمه فيه احد كان اولى الا انهما
على ان الملك لا يثبت الا بالتلقي منه بخلاف ما اذا كان كل واحد منهما يدعي الشرا من شخص اخر غير الذي يدعي منه
صاحبه الشرا على ما يجي من قريب ولو لم يورخا فهما سوا وان ارخت احداهما دون الاخرى فالمورخ اولى لما
بينا وان كان مع احدهما قبض كان اولى ولو ارخ الاخر ما لم يثبت انه اقدم تاريخا حاصله ان هذه المسلة
مثل المسلة المتقدمة وهي ما اذا ادعيا الشرا من ذي اليد في جميع ما ذكرنا من الاحكام حتى اذا ادعى احدهما
الشرا والاخر الهبة والقبض او ادعى احدهما الشرا والاخر المهر او احدهما الرهن والاخر الهبة كان الجواب
فيها في جميع صورها كالجواب في جميع صورها كالجواب في تلك على ما بينا والجامع بينهما ان المدعيين
المسلمين اتفقا ادعواهما الشرا من شخص واحد على ان الملك كان له وان الملك لغيره لا يثبت الا بالتلقي منه
فكان حكمها واحدا قال وعلى الشرا من اخر وذكرا تاريخا استويا يعني لو اقام كل واحد منهما بينة على الشرا
من رجل غير الذي يدعي الشرا منه صاحبه كانا سوا حتى يكون بينهما نصفين سوا كان تاريخ احدهما اقدم
او لم يكن لان كل واحد منهما يثبت الملك لبايعه وملك بايعه مطلق فيكون بينهما فصار كما اذا حضر البايعان
وادعيا الملك من غير تاريخ وكذا لو ذكر احدهما تاريخا دون الاخر فهما سوا لانه لا يترجح بالتقدم حقيقة
فكيف يترجح بالاحتمال بخلاف ما اذا كان الملك لهما واحدا حيث يكون اقدمهما تاريخا اولى لان ملك بايعهما
ثبت باقرارهما فلا يتصور التملك الا من جهته فاذا ملكه لاحدهما خرج عن ملكه فكان البيع الثاني من غير المالك
فلا يجوز وكذا لو ارخ احدهما كان المورخ اولى به لما ذكرنا من قبل قال ولو برهن الخارج على ملك مورخ
وتاريخ ذي اليد اسبق او برهنا على النتاج وسبب ملك لا يتكرر او الخارج على الملك وذو اليد على الشرا
منه فذو اليد اولى في المسايل الثلث اما في الاولى فالمذكور قول ابي حنيفة وابي يوسف وروايه عن
محمد ثم رجع عنه فقال لا يقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق اصلا لان البينة في الملك المطلق حين اوليته
الملك فيستوي فيها التاخر والتقدم فصار كانهما اقاما على الملك المطلق بخلاف ما اذا ذكرا السبب
كالشرا ونحوه لانهما اثبتا الحدوث فيه الاقدم اولى ما لم يدع المتاخر التلقي من جهة المقدم وجه قولهما
ان البينة مع التاريخ يدفع ملك غيره في وقت التاريخ وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فلا يثبت الملك
لغيره بعده الا بالتلقي من جهته وهو لم يدع ذلك ولو استوى تاريخهما او لم يورخا او ارخ او كان مع
احدهما دون الاخر كان الخارج اولى لان بينته تثبت غير الظاهر وبينة ذي اليد لا تثبت غير ما ظهر باليد
والبينات للاثبات فكانت بينة الخارج اولى ما لم تثبت ذو اليد التقدم عليه صريحا بلا احتمال وفيما
اذا ارخت بينة ذي اليد وحدها خلاف ابي يوسف فانه يقول بينة ذي اليد اولى فيها وهو رواية عن
ابي حنيفة رحمه الله لان ملكه ثبت في وقت متقدم بيقين وملك المورخ الاخر يحتمل فلا يزاحم المتيقن فصار
كما اذا ارخت احداهما في دعوى الشرا من واحد قلنا بينة ذي اليد لا تقبل الا اذا تضمنتا الدفع ولم
يتضمن هنا لاحتمال ان يكون ملك الخارج اقدم بخلاف ما اذا ادعيا الشرا من واحد حيث يكون صاحب

الد

الد

اولى في الصور كلها الا اذا ارخا وكان تاريخ الخارج اقدم لان عمله من القبض يدل على سبقه على ما بينا
ولو كان المدعا في ايديهما وارخا كان اقدمهما تاريخا اولى عندهما لما بينا ان بينة ذي اليد مقبولة عند
الدفع وعند محمد هو بينهما لانه لا يعتبر الوقت في الملك المطلق ولو ارخت احداهما دون الاخرى والمسلة
بحالها كان بينهما عند ابي حنيفة ومحمد لان ابا حنيفة لا يعتبر التاريخ من احد الجانبين في الملك المطلق لاحتمال
على ما بينا ومحمد لا يعتبره بالكلية فيكون بينهما وعند ابي يوسف هو للمورخ منهما لان تاريخ الواحد معتبر
عنده لسبق ملكه في ذلك الوقت واحتمال الاخر على ما بينا واما الثانية وهي ما اذا اقاما البينة على النتاج
او سبب اخر لا يتكرر فلان بينتهما قامتا على ما لا يدل عليه اليد فاستويا في الاثبات وترجحت بينة صاحب
اليد باليد فيقضى له به ولا عبرة للتاريخ لان اولية الملك يستوعب كل تاريخ فلا يتعدد ذكره من احدهما او
منهما اتحد التاريخان او اختلفا ما لم يذكرا تاريخا مستحيلا بان لم يوافق سن المدعا والقياس ان يكون
الخارج اولى لانهما استويا في اثبات اولية الملك وترجح الخارج باثبات ما لا يدل عليه اليد وهو الملك
لنفسه فكان اولى وبه قال ابن ابي ليلى وقال عيسى بن ابان تهاترت البينتان وترك في يد ذي اليد لا على وجه
القضا لان احدهما كاذب بيقين لاستحالة نتاج دابة مرة بين فصار نظير الشهادة بالقتل في
مكانين وجه الاستحسان ما روي انه عليه السلام قضى لذي اليد بناقة بعد ما اقام الخارج بينة انها
ناقته نتجها واقام ذو اليد بينة انها ناقته نتجها ولان اليد لا تدل على اولية الملك فكانا سوا وبالخارج
فيها فبالبينة يندفع الخارج وبينة صاحب اليد مقبولة للدفع الا ترى انهما لو ارخا في دعوى الشرا وبينة
ذي اليد اقدم تقبل بالاجماع وكذا في الملك المطلق عند ابي حنيفة وابي يوسف لما فيها من تضمن معنى الدفع
فكذا هنا ولا يلزم ما اذا ادعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والاجارة والعارية حيث تكون بينة
الخارج اولى وان ادعى ذو اليد النتاج لان بينة الخارج اولى وان ادعى ذو اليد النتاج لان بينة الخارج
في هذه الصور اكثر اثباتا لانها تثبت الفعل على ذي اليد وهو الغصب واشباهه اذ هو غير ثابت اصلا واولية
الملك وهو الغصب الملك انما تثبت باليد فاصل الملك ثابت بها ظاهرا فكان ثابتا بها ظاهرا فكان ثابتا
باليد من وجه دون وجه فكان اثبات غير الثابت من كل وجه اولى اذ البينة للاثبات وما قاله عيسى غير صحيح
لان محمدا ذكر في خارجين اقام كل واحد منهما البينة على النتاج انه يقضي به بينهما ولو كان الطريق ما قاله هو لتهاترا
وكذا لو كانت الشاة المذبوحة في يد احدهما والسواقط في يد الاخر واقام كل واحد منهما البينة على النتاج
يقضى بها وبالسواقط لمن في يده اصل الشاة ولو كان الطريق ما ذكره لترك في يد كل واحد منهما ما في يده وثمرة
ما قاله تظهر في التحليف لانهما اذا تهاترا يصار الى التحليف ولو اقام الخارج البينة انه اشتراه من فلان
وانه ولد عنده واقام ذو اليد البينة انه اشتراه من فلان اخر وانه ولد عنده كان ذو اليد اولى لان
كل واحد منهما خصم في اثبات نتاج بايعه كما انه خصم في اثبات الملك له ولو حضر البايعان واقاما
البينة على النتاج كان صاحب اليد اولى فكذا من قام مقامهما ولو اقام احدهما على الملك والاخر على
النتاج كان صاحب النتاج اولى ايهما كان لانه يثبت اولية الملك وبعده لا يملكه غيره الا بالتلقي من
جهته وكذا لو كانت الدعوى بين الخارجين لما ذكرنا ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة
على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بخلاف ما اذا ادعيه وكذا

المقضي عليه بالملك المطلق لو اقام البينة على النتاج تقبل بينته وينقض القضا لان الخارج لم يستحق على
ذي اليد شيا لان ملك ذي اليد ثبت بالنتاج صريحا وبعد ما ثبت الملك له به لا يتصور ان يكون للخارج بذلك
السبب لان النتاج لا يتكرر فلا يمكن ان يجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت لذي اليد بظاهر اليد
مستحقا على ذي اليد بخلاف دعوى الملك المطلق لانه كما يحتمل ان يكون له من الاصل يحتمل ان يكون له
من جهة صاحب اليد فامكن ان يجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت بظاهر اليد مستحقا على ذي اليد
لكن ذلك في حق ترجيح بينة الخارج على بينة ذي اليد فاذا لم يصر مقضيا عليه في حق النتاج تقبل
بينته كما تقبل بينة الاجنبي لانه بمنزلته بل ترك بخلاف ما اذا ادعاه والملك المطلق حيث لا يحكم له به
للاحتمال الذي ذكرناه فصار الاصل ان من صار مقضيا عليه في حادثه لا يقضى له فيها والا
فقضي له فيها وقوله وسبب ملك لا يتكرر معناه كل سبب لا يتكرر في الملك اذا ادعاه صاحب اليد كان
حكمه حكم النتاج في جميع ما ذكرنا من الاحكام وذلك مثل حلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد وجز الصوف
والمرعزا وغزل القطن والكتان ونسج الثوب من غزلهما وان كان يتكرر قضي به للخارج وهو مثل الخز
والبنا والغرس وزراعة الحنطة والحبوب لان ثوب الخز والصوف والشعر اذا بلي ينقض وينسج مرة
اخرى ثم ينسج فيحتمل ان ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه ثم نسجه فيكون ملكا له بهذا الطريق فلم يكن في معنى
النتاج بل بمنزلة الملك المطلق وكذا غيره لان البنا والغرس والزراعة يتاتى فيها التكرار وان اشكل عليهم
يسال عدول اهل الخبرة بذلك لقوله تعالى فاسلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والواحد منهم يكفي والاثنان احوط
وان اشكل عليهم قضي به للخارج لانه الاصل وانما العدول عنه بخبر النتاج فلا يلحق به الا ما هو في معناه من
كل وجه يشترط ان يبين في الدعوى نصا ان ذلك السبب وجد في ملكه حتى اذا قال كل واحد منهما او ذو اليد وحده
نسجت هذا الثوب او نتجت هذه الدابة عندي كان الخارج اولى لان الانسان ينسج لغيره وتلد دابة غيره
عنده فلم يكن فيه دلالة على ان الثوب نسجه في ملكه وان الدابة ولدت في ملكه فيبقى دعوى مطلق الملك وفيه
الخارج اولى ولا تقبل بينة ذي اليد فيه حتى ينص عليه ويقول نسجته في ملكي وولدت الدابة في ملكي وعلى هذا
لو قال هذا جبن اتخذته انا او قال اللبن الذي اتخذ منه هذا الجبن ملكي او الشاة التي حلب منها لبنه ملكي
كان الخارج اولى لما ذكرنا ولو قال اتخذته في ملكي او حلبت لبنه في ملكي كان ذو اليد اولى وعلى هذا لو اقام
الخارج البينة ان فلانا القاضي قضى له بها بالبينة واقام ذو اليد انها نتجت عنده في ملكه كان ذو اليد
اولى عند محمد لما ذكرنا وعندهما الخارج اولى لان القضا قد صح ظاهرا ويحتمل انه اشتراه من ذي اليد فلا
ينقض قضاؤه ما لم يظهر خطاؤه بيقين واما الثالثة وهي ما اذا اقام الخارج البينة على الملك واقام
ذو اليد البينة على الشرا منه فلان الخارج اثبت الملك لنفسه ببينته واثبت ذو اليد التلقي منه فكان له
علم التلقي منه واقرار بانه له في ضمن دعوى الشرا منه لانه يمنع صحة دعواه وقبول بينته كما اذا اقر له
بالملك صريحا ثم ادعى بعد ذلك انه اشتراه منه في زمان يمكن الشرا منه لانه لا تنافي اذ التوفيق ممكن قال
ولو برهن كل على الشرا من الآخر ولا تاريخ سقطا وترك الدار في يد ذي اليد اي لو اقام كل واحد من الخارج وذي اليد
او الخارجين او ذوي الايدي البينة على الشرا من صاحبه ولا تاريخ لهما تهاترتا البينتان وتترك الدار في يدي
اليد لا على وجه القضا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان كانت في يد احدهما يقضى بالبينتين ويكون

للخارج لامكان العمل بهما بجعل ذي اليد مشتريا من الخارج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيومر بالدفع اليه
لان يمكنه من القبض ولا لهذا السبيل على ما مر ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام
بالشرا من صاحبه اقرار منه بالملك له فصار كل واحد منهما كانها قامت على اقرار الآخر وفيه التهاتر بالاجماع
لتعذر الجمع فكذا هذا ولانه يلزم من القضا بهما القضا لذي اليد بمجرد السبب من غير ان يترتب عليه حكمه وهو الملك
وذلك باطل لانه يودي الى بطلان السبب اذ السبب لم يشرع الا لحكمه فاذا لم يفد حكمه لم يكن مشروعا كطلاق الصبي
وعتاقه فاذا لم يكن مشروعا يخرج من ان يكون سببا لان سببيته بالشرع وانما قلنا ذلك لانه لا يمكن الحكم لذي
اليد الا بملك مستحق فيلزم منه القضا له بمجرد السبب وانه لا يجوز ثم لو شهدت البينتان بقبض الثمن تهاترتا
ان كان الثمنان من جنس واحد وتساويا وان كان احدهما اكثر رجع بالزيادة وان اختلفا جنسا رد كل
واحد منهما ما قبض لانه مضمون عليه وان لم يشهدوا بقبض الثمن لا تنافي القضا عندهما لعدم الوجوب وعند محمد
يتاتى لوجوبه عنده ولو شهدا الفريقان بالبيع وقبض المبيع تهاترتا البينتان بالاتفاق لتعذر التوفيق اما
عندهما فظاهر على ما بينا واما عند محمد فلان البيعين جائزان لوجودهما بعد القبض فلا يدل فيما ذكر
التاريخ ولا دلالة حتى يجعل احدهما سابقا والاخر لاحقا بخلاف ما اذا لم يذكر قبض المبيع لانه امكن هناك ان
يجعل شرا ذي اليد متقدما لعدم الدلالة على ما بينا وهكذا ذكر صاحب الهداية قول محمد في هذه الصورة وذكر في المحيط
انه يقضى بها عنده فيجعل القبض المعاين اخر القبضين ويجعل ذو اليد اخر المشتريين كان الخارج اشترى وقبض
ثم باعها من ذي اليد وقبض فيقضى بالدار له ومثله في الجامع وشرح الكرخي والمبسوط والمختلف وان وقتت
البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا فان كان وقت الخارج اسبق يقضى بها لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن
الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج
لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وكان ينبغي ان يقضى بها لذي اليد عنده ايضا فيجعل الخارج كأنه
قبضها ثم باعها من بائعه وهو ذو اليد تصحيحا للعقد وان اثبتا قبضا يقضى بها لصاحب اليد بالاجماع لان البيعين
جائزان على القولين لان الخارج باعها من بائعه بعد ما قبضها وذلك صحيح وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى
بها للخارج سوا شهدوا بالقبض او لم يشهدوا لان صاحب اليد قابض وقد اثبت شراه سابقا فيجعل كأنه اشترى
اولا كما شهدت به شهوده ثم باعها من بائعه وهو الخارج فيحمل على انه لم يسلمها اليه ان لم يشهدوا بالقبض او سلم
اليه ثم عاد اليه بسبب اخر ان شهدوا بالقبض قال ولا ترجيح بزيادة عدد الشهود معناه ان احد
الخصمين اذا اقام شاهدين والاخر اربعة لا ترجيح بكثرة شهوده لان الترجيح يكون بقوة في العلة لا بكثرة العلل
لان ما يصلح دليلا مستقلا لا يصلح للترجيح وانما يرجح بالوصف ولهذا لا ترجيح لآية باية اخرى ولا الخبر بالخبر
وانما يرجح بقوة فيها بان كان احدهما متواترا والاخر من الاحاد او كان احدهما مفسرا والاخر مجملا فيرجح
المفسر على المجمل والمتواتر على الاحاد لقوة وصف فيه وكذا لا يرجح احد القياسين بقياس لما ذكرنا قال
دار في يد اخر ادعى نصفها واخر كلها وبرهنا فللاول ربعها والباقي للاخر لان مدعي الكل لا ينازعه احد
في النصف فسلم له من غير منازعة ثم استوت منازعتهما في النصف الاخر فيكون بينهما فيكون لمدعي الكل ثلثة
الارباع ولمدعي النصف ربع وهذا بطريق المنازعة وهو قول ابي حنيفة وقالا تقسم الدار بينهما
اثلاثا فالثلثان لمدعي الكل والثلث لمدعي النصف لان مدعي الكل يدعي النصفين والاخر النصف الواحد

وليس لشيء واحد ثلاثة انصاف فيقسم بينهما اثلاثا على قدر حقهما وهذا بطريق العول ولها نظائر واضداد نبينها مختصرا فنقول ان جنس القسمة على اربعة انواع نوع منها يقسم بطريق العول اجماعا وهي ثمان مسائل الميراث والديون والوصية بما دون الثلث اذا اجتمعت وزادت على الثلث والمحاباة والدراهم المرسلة والسعاية والعبد اذا قتل عمدا رجلا وقتل اخر خطأ فدفع بهما والمدبر اذا جنى على هذا الوجه فدفعت قيمته بهما ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة اجماعا وهي مسألة واحدة فضولي باع عبدا لغيره من رجل وفضولي اخر باع نصفه من اخر فاجاز المولى البيعين فاختار المشتري بان الاخذ حق للمشتري الكل لانه ارباعه والمشتري النصف الربع بطريق المنازعة ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة عند ابي حنيفة وعندهما بطريق العول وهي ثلث مسائل احدها اذا ادعى احدهما نصف الدار والاخر كلها وهي مسألة الكتاب والثانية اذا اوصى لرجل بجميع ماله ولاخر بنصف ماله واجازت الورثة والثالثة اذا اوصى لرجل بعبد بعينه ولاخر بنصف ذلك العبد وللتركة مال غيره ومنها ما يقسم بطريق العول عند ابي حنيفة وعندهما بطريق المنازعة وهي خمس مسائل احدها عبد مأذون له في التجارة بين رجلين ادانه احدهما مائة وادانه اجنبي مائة فبيع العبد بمائتين يقسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرنا والثانية اذا ادانه اجنبيان احدهما مائة والاخر مائتين يقسمان ثمنه على هذا والثالثة عبد قتل رجلا خطأ واخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفا احدهما فدفع بهما على الخلاف والرابعة لو كان الجاني مدبرا على هذا الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك والخامسة ام ولد قتلت مولاها واجنبيا عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد ولي كل واحد منهما على التعاقب فانها تسعى في قيمتها ارباعا ... ثم الاصل عنده ان القسمة متى وجبت لحق ثابت في الذمة او لحق ثابت في العين على وجه الشيوع في البعض دون الكل كانت القسمة على المنازعة والاصل عندهما ان الحقين متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد كانت القسمة على العول وان ثبتا على التمييز او في وقتين كانت القسمة على المنازعة وبيان طريق هذه المسائل وتخريجها على هذه الاصول وتمام تفريعها مذكورة في شرح الزيادات لقاضي خان قال ولو كانت في ايديهما فهي للذي اي لو كانت الدار في ايدي المدعيين والمسألة بحالها كانت هي للمدعي الكل لان مدعي النصف ينصرف دعواه الى ما في يده ليكون يده محقة لان حمل امور المسلمين على الصحة واجب ولولا ذلك لكان ظالما بالامساك فانصرفت دعواه على ما في يده ولا يدعي شيئا مما في يد صاحبه ومدعي الكل يدعي ما في يد نفسه وما في يد الاخر ولا منازعة لاحد فيما في يده فيترك في يده لا على وجه القضاء واستوت منازعتهما فيما في يد صاحبه فكانت بينهما او لانه خارج فيه فيقضى له في ذلك النصف فيسلم له الكل نصفها بالترك لا على وجه القضاء والنصف الاخر بالقضاء قال ولو برهنا على نتاج دابة وارخا قضي لمن وافق سنها تاريخه لان علامة الصدق ظهرت فيمن وافق تاريخه سنها فترجحت بينته بذلك وفي الاخرى ظهرت علامة الكذب فيجب ردها ولا فرق في ذلك بين ان تكون الدابة في ايديهما او في يد احدهما او في يد ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما

اذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها للذي اليد ان كانت في يد احدهما او لهما ان كانت في ايديهما او في يد ثالث قال وان اشكل ذلك فلهما اي ان اشكل سن الدابة في موافقته احد التاريخين يقضى لهما بها لان احدهما ليس باولى بها من الاخر وهذا اذا كانا خارجين بان كانت الدابة في يد ثالث وكذا اذا كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما قضي بها لصاحب اليد لانه لما اشكل الامر سقط التاريخان فصار كانهما لم يورخا وان خالف سن الدابة التاريخين بطلت البينتان لانه ظهر كذب الفريقين فتترك في يد من كانت في يده والاصح انهما لا تبطلان بل يقضى بها بينهما ان كانا خارجين او كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما يقضى بها للذي اليد لانا اعتبرنا ذكر الوقت لحقهما وحقهما هنا في اسقاط اعتباره لان في اعتباره اسقاط حقهما فلا يعتبر فصار كانهما ذكرا النتاج من غير تاريخ وفيه صاحب اليد اولى ان كانت في يد احدهما والا فهي بينهما كما اذا اشكل موافقة سنها احد التاريخين وهذا ذكره محمد رحمه الله والاول ذكره الحاكم وهو قول بعض المشايخ وليس بشيء قال برهن احد الخارجين على الغصب والاخر على الوديعة استويا معناه اذا كان عين في يد رجل فاقام رجلان عليه البينة احدهما بالغصب والاخر بالوديعة استوت دعواهما حتى يقضى بها بينهما نصفان لان الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع الى الوفاق بخلاف ما اذا خالف بالفعل من غير جحود على ما نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى قال والراكب واللابس احق من اخذ اللجام والكم معناه اذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها او تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه كان الراكب واللابس اولى من المتعلق باللجام والكم لان تصرفهما اظهر فانه يختص بالملك فكانا صاحبي يد والمتعلق خارج فكانا اولى بخلاف ما اذا اقاما البينة حيث تكون بينة الخارج اولى لانها حجة مطلقة وبينة الخارج اكثر اثباتا على ما بينا واما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لانه يستدل بالتمكن من التصرف على انه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى يقوم الحجة والترجيح وكذا لو كان احدهما راكبا على السرج والاخر رديفا له كان الراكب اولى لان تمكنه من ذلك الموضع دليل على تقدم يده بخلاف ما اذا كانا راكبين على السرج حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف ولو كان احدهما متعلقا بذنبها والاخر ممسك بلجامها قالوا ينبغي ان يقضى بها لمن يمسك لجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك بخلاف التعلق بالذنب ولو تنازعا في بساط احدهما قاعد عليه والاخر متعلق به فهو بينهما نصفان بحكم الاستواء بينهما لا بطريق القضاء لان الجلوس ليس بيد عليه بخلاف الركوب واللبس الا ترى انه يصير بهما غاصبا للثوب ولا يصير غاصبا بالقعود على البساط وكذا اذا كانا جالسين عليه فهو بينهما بخلاف ما اذا كانا جالسين في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال انها في يد غيرهما وهنا علم انه ليس في يد غيرهما قال وصاحب الحمل والجذوع والاتصال احق من الغير فمعنى الاول ان يتنازعا في دابة وعليها حمل لاحدهما كان صاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف فيها التصرف المعتاد فكانت في يده كما اذا ادعى جماعة سفينة وكان واحد منهم راكبها والاخر ممسك بسكانها واخر يجذف فيها واخر يمدها فهي بينهم الا من يمدها فانه لا شيء له فيها لانه لا يد له فيها لان الباقين هم المتصرفون فيها التصرف المعتاد ولو كان الحمل لهما كانت بينهما لاستوائهما ولا يرجح بكثرة ما في الحمل لاحدهما لان الترجيح يقع بالقوة لا بالكثرة على ما بينا ومعنى الثاني ان يكون حائط عليه جذوع لرجل وللاخر عليه جذوع او متصل ببنائه

فهو لصاحب الجذوع والاتصال دون الهرادي لان صاحب الجذوع هو المستعمل وصاحب الهرادي متعلق
والبناء يبنى للجذوع عادة لا لوضع الهرادي فصار نظير دابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللاخر كوز معلق
او مخلاة معلقة فانها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز والمراد بالاتصال اتصال تربيع وهو ان يكون
لبن البناء المتنازع فيه في لبن جداره ولبن جداره في لبن المتنازع فيه وساج احدهما مركب على ساج
الاخر لان الاتصال بهذه المثابة لا يكون الا عند البناء فدل ذلك على انهما بنيا معا في وقت واحد فيرجح
به وكان الكرخي رحمه الله يقول صفة هذا الاتصال ان يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لهما من
الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير من كما شبه القبة فحينئذ
يكون الكل في حكم شيء واحد والمروي عن ابي يوسف ان اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين لاحدهما
يكفي ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه وعليه اكثر مشايخنا رحمهم الله لان
الرجحان يقع بكون ملكه محيطا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع
فيه وان كان الجدار من خشب فالتربيع ان يكون ساج احدهما مركبا في الاخر واما اذا نقب وادخل فلا يكون
مربعا فلا عبرة به ولا باتصال الملازقة من غير تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على انهما بنيا معا ولا بوضع
الهرادي ولا البواري لان الحائط لا يبنى لاجله عادة فلا يكون تصرفا فيه فلا يعتبر اصلا كوضع الثوب على
الجدار حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي ولا شيء للاخر فهو بينهما اذا علم انه في ايديهما ولا يترجح
صاحب الهرادي لعدم الاستعمال بخلاف اتصال التربيع لان الاستعمال فيه موجود من وجه ولان البناء
للسقف وهو بالجذوع دون الهرادي وقال الشافعي رحمه الله لا يرجح بوضع الجذوع لانه محتمل يحتمل انه
ملكه وعارية وغصب فلا يكون حجة مع الاحتمال قلنا صاحب الجذوع مستعمل للحائط فكان ذا يد والقول
قول صاحب اليد فصار نظير الحمل على الدابة ولان الحائط يبنى للجذوع فوضعه علامة ملكه ومثل هذا يصلح
ان يكون علامة كما اذا اختلف الزوجان في متاع البيت حتى جعل الترجيح بالصلاحية ولو كان لكل واحد منهما
عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما في اصل العلة ولا معتبر بالاكثر والقلة بعد ان يبلغ ثلثا لان الحائط
يبنى للتسقيف وذلك لا يحصل بما دون الثلث غالبا فصار الثلث كالنصاب له ولو كان عليه جذوع احدهما
ثلثة وللاخر اقل فهو لصاحب الثلثة استحسانا وهو قول ابي حنيفة والقياس وهو مروي عن ابي حنيفة
ان يكون بينهما نصفان لان الترجيح لا يكون بالكثرة بل بالقوة فيستويان فيه كما اذا كان لهما حمل على دابة
لاحدهما عليه مائة من وللاخر منا او منوان فانها بينهما نصفان ووجه الاستحسان ان ما دون الثلث
حجة ناقصة اذ لا يبنى الحائط لاجل الواحد او الاثنين عادة والحجة الناقصة لا تظهر بمقابلة الكاملة
ثم لصاحب الجذع الواحد او الاثنين حق الوضع باتفاق الروايات لانا حكمنا بالحائط لصاحب الجذوع
بالظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يؤمر بالقلع بخلاف ما اذا اثبت ان الحائط له بالبينة حيث
يؤمر بالقلع لان البينة حجة مطلقة تصلح للدفع والاستحقاق وهو نظير الشفعة حتى لا يستحق بما ثبت
ملكه باليد وبخلاف ما اذا تنازعا في دابة ولاحدهما عليها حمل وللاخر كوز معلق او نحوه حيث يؤمر بالقلع وان
كان استحقاقه باليد ووجه الفرق ان وضع الكوز لا يمكن استحقاقه على مالك العين ابتداء وانما علم يوما
من جهة المالك فاذا ظهر الاستحقاق امر بالازالة واما وضع الخشب فيمكن استحقاقه بان وقعت القسمة

بذلك الشرط ثم اختلفت الروايات بعد ذلك في انه هل يملك ذلك الموضع ام لا فذكر في كتاب الاقرار ان الحائط
له لصاحب الاجذاع ولصاحب الظلة ما تحت جذعه يريد به حق الوضع لان الحائط لا يبنى لاجل جذع واحد او
جذعين عادة وانما ينصب له اسطوانة فلا يحكم له بالملك كمسألة الدابة اذا كان لاحدهما عليه حمل وللاخر
كوز معلق على ما بينا وذكر في كتاب الدعوى ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع لان موضع جذعه مشغول بجذعه
فيكون في يده حقيقة باعتبار الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبه لوجود سبب الاستحقاق
فيه ثم من اصحابنا من قال الحكم بما بين الخشبات بينهما على قدر الاخشاب والاكثر على انه لا يملك صاحب الخشبة
او الخشبتين الا موضع خشبه ومنهم من قال يكون بين الخشب بينهما نصفان ومنهم من قال يقسم جميع الحائط
بينهما على قدر اخشابهما اعتبارا للقدر الاخشاب الاستعمال وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الاقرار اصح وفي
قاضي خان والصحيح ان ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في كتاب الدعوى وان كان لاحدهما
عليه جذوع وللاخر اتصال تربيع فصاحب الجذوع اولى لان له تصرفا في الحائط ولصاحب الاتصال
اليد والتصرف اقوى في الدلالة على الملك ورجح السرخسي هذه الرواية وذكر الطحاوي ان صاحب الاتصال
اولى لان الحائطين بهذا الاتصال يصيران كبناء واحد فالقضاء ببعضه يصير قضاء بكله ثم يبقى للاخر حق وضع
جذوعه لما بينا وصحح الجرجاني هذه الرواية ورجحها بالسبق لان التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع
الجذوع فكان يده ثابتا فيه قبل وضع الاخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ الا انه لا يرفع جذوع الاخر
على ما بينا ولا فرق في هذا بين ان يكون الاتصال من جانب او من الجانبين على ما ذكر الطحاوي رحمه الله وفي
المحيط الايدي في الحائط على ثلث مراتب اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع ومحاذاة
بناء ولا علامة لليد في الحائط سوى هذا فاولاهم صاحب التربيع فان لم يوجد فصاحب الجذوع فان لم يوجد
فصاحب المحاذاة وان كان لاحدهما جذع واحد ولا شيء للاخر اختلف المشايخ فيه فقيل هما سواء لان الواحد
لا يعتد به وقيل صاحب الجذع اولى لان الحائط يبنى لجذع واحد وان كان ذلك غير غالب ولو كان لاحدهما
عليه هرادي او بواري ولا شيء للاخر فهو بينهما والهرادي لا يعتبر ولا البواري وفي فتاوى قاضي خان ان كان
لاحدهما عليه جذع واحد وللاخر عليه هرادي وبواري او لم يكن له عليه شيء فهو لصاحب الجذع **قال**
ثوب في يده وطرفه في يد اخر نصف يعني لو تنازع الشخصان في ثوب في يد احدهما وطرفه في يد الاخر
كان بينهما نصفين لان يد كل واحد منهما ثابت في الثوب الا ان احدهما ثابتة في الاكثر وذلك لا يوجب الترجيح
لما ذكرنا ان الرجحان بالقوة لا بالكثرة فصار كما لو تنازعا في دابة ولهما عليها حمل على التفاوت كانت بينهما نصفين
ولا يعتبر تفاوت الحمل حتى اذا كان لاحدهما منا وللاخر مائة من كانت بينهما بخلاف ما اذا كان في يد احدهما
الهدبة والباقي في يد الاخر لان الهدبة ليست بثوب اذ هي غير منسوجة فلم يكن في يده شيء من الثوب فلا يزاحم
الاخر **قال** صبي يعبر فقال انا حر فالقول له لانه اذا كان يعبر عن نفسه فهو في يد نفسه فلا يقبل دعوى
احد عليه انه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ **قال** ولو قال انا عبد لفلان او لا يعبر عن نفسه
فهو عبد لمن في يده **اما** فلانه اقر انه لا يد له حيث اقر على نفسه بالرق فكان ملكا لمن في يده كالقماش ولا
يقال الاقرار بالرق من الضار فلا يعتبر من الصبي فكيف يصح اقراره به ههنا لانا نقول الرق لم يثبت بقول
الصبي بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض بدعوى الحرية لانه لما صار في يد المدعي كالقماش في يده

فيقبل اقراره عليه ولا نسلم ان الاقرار بالرق من الضار لانه يمكنه التدارك بعد بدعوى الحرية اذ التناقض
فيه لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين ولا بقال الاصل في الادمي الحرية لانه ولد ادم وحوا عليهما
السلام وهما حران فوجب ان لا يقبل دعوى الرق الا ببينة وكونه في يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط
حيث لا يقبل قول الملتقط انه عبده وان كان في يده لانا نقول الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل
وثبوت اليد دليل على خلاف ذلك الاصل لانه دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل ولا نسلم ان اللقيط اذا
اقر بالرق بعد ان كان معبرا عن نفسه يخالفه في الحكم فلا يلزمنا وان لم يعبر عن نفسه فللمشتري ثبت
الملتقط من كل وجه لانه امين فيه والامين يده قائمة مقام يد غيره فكانت غير ثابتة حكما **واما الثاني**
وهو ما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلانه بمنزلة المتاع فيكون ملكا لمن هو في يده ان ادعاه لعدم المعارض
من يد على نفسه حقيقة او حكما وهذا لان الاصل في الادمي وان كان لا يثبت عليه يد غيره الا ما له حتى لا
يكون مهانا كالقماش والبهائم لكن ذلك عند القدرة بان يكون معبرا عن نفسه لا عند العجز والعجز ما جاء من
اما بالصغر حقيقة او بالرق حكما فيقبل قول المدعي ولو كبر وادعى الحرية لا يقبل قوله لانه ظهر عليه الرق
فلا ينقض ذلك الا بالبينة **قال** عشرة ابيات في دار في يد رجل وبيت في يد اخر فالساحة نصفان
لان الساحة يحتاج اليها الملاك لاستعمالها في انواع المرافق من المرور فيها والتوضي وكسر الحطب
ووضع الامتعة ونحو ذلك من انواع المنافع وهما في ذلك سوا فينصف بينهما فصارت نظير الطريق
ولانا لا نرجح بالقوة لا بالاكثرة على ما بينا غير مرة بخلاف ما اذا تنازعا في الشرب حيث يقسم بينهما على قدر
اراضيهما لان الشرب يحتاج اليه لاجل سقي الارض فعند كثرة الاراضي تكثر الحاجة اليه فيتقدر بقدر
الاراضي بخلاف الانتفاع بالساحة فانه لا يختلف باختلاف الاملاك كالمرور في الطريق **قال**
رحمه الله ادعى كل ارضا انها في يده ولبن فيها او بنى او حفر فهي في يده كما لو برهن انها في يده لان اليد في الارض
غير مشاهدة وهي مقصودة فلا يثبت عند القاضي بمجرد دعواهما انها في يده فلا بد من اقامة البينة انها
في يده او من التصرف فيها كاللبن او البنا او الحفر لان التمكن من هذه الاشياء دليل على انها في يده ثم
ان ادعيا انها في ايديهما لم يقض به بلا بينة لاحتمال انها في يد غيرهما وان ادعيا انها في يد احدهما
فهي له لانه يمكن انهما تواضعا على ذلك لان اليد للغير ان نازعه في اليد لا اقراره انها في يد صاحبه واقراره
في حق نفسه مقبول وكذا لو حلف انها ليست في يد صاحبه فنكل احدهما ولو نكلا جعل في يد كل منهما نصفها
الذي في يد صاحبه لصحة اقراره في حق نفسه وان حلفا جميعا لم يقض باليد لهما فيها وبرئ كل منهما عن دعوى
صاحبه وان اقام احدهما البينة انها في يده قضي له باليد فيها ويكون الاخر خارجا وكذا ان لبن احدهما او
بنى او غرس او فعل شيئا اخر مما يدل على انها في يده وان اقاما البينة على اليد قضي بها لهما فان طلبا القسمة لا يقسم
بينهما ما لم يقيما البينة على الملك فيه هذا قول ابي حنيفة وعندهما يقسم بينا على ما لو كانت دارا في ايديهم
فتركها بقولهم انها ميراث عندهما وعند ابي حنيفة لا يقسمها حتى يقيموا البينة انه مات وتركها ميراثا بينهم
والله اعلم بالصواب

باب دعوى النسب

قال رحمه الله ولدت مبيعة
لاقل من ستة اشهر منذ بيعت فادعاه البائع فهو ابنه وهي ام ولده ويفسخ البيع ويرد الثمن وان ادعاه
المشتري معه او بعده وقال زفر والشافعي لا يصح دعوته الا ان يصدقه المشتري وهو القياس لان اقدامه

على البيع دليل على ان الحمل ليس منه اذ هو اعتراف منه بجواز بيعه لان المسلم لا يباشر الباطل ظاهرا فصار
في دعواه متناقضا وساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع فلا يقبل اذ التناقض يبطل الدعوى فصار كما
لو ادعاه ابو البائع او ادعى هو اعتاقها او تدبيرها قبل البيع **وجه** الاستحسان ان مبنى النسب على الخفا
فيعفى فيه التناقض فيقبل دعوته اذا تيقن بالعلوق في ملكه بالولادة لاقل من ستة اشهر لانه بمنزلة اقامة
البينة بل فوقها وهذا لان الانسان قد لا يعلم العلوق بالحمل ثم يظهر له وقد يظن ان العلوق من غيره ثم
يعلم انه منه فيعذر في التناقض كالزوج اذا اكذب نفسه بعد قضا القاضي بنفي النسب باللعان وكالمختلعة
تقيم البينة ان الزوج طلقها ثلاثا قبل الخلع وكالمكاتب يقيم البينة ان مولاه اعتقه قبل الكتابة فان بينتهما
تقبل مع التناقض في الدعوى للخفا عليهما لان الزوج والمولى ينفرد كل واحد منهما بالطلاق والاعتاق
فيعذر ان فيه بخلاف دعوى الاعتاق والتدبير بعد البيع لانه فعل نفسه فلا يخفى عليه فلا يعذر ولانه لم
يتيقن كذبه في الكلام الاول لاحتمال كذبه في الثاني فلا ينقض البيع بالاحتمال حتى لو اقام البينة بالاعتاق
او التدبير تقبل بينته لتعين كذبه بثبوت الحرية والتدبير قبل البيع وبخلاف دعوى اب البائع لانه يشترط
صحة دعواه ثبوت ولايته في الدعوة من وقت العلوق الى وقت الولادة على ما بيناه من قبل ولم يوجد واذا
صحت الدعوى من البائع استنادا الى وقت العلوق لكونها دعوة استيلاد فيظهر انه باع ام ولده فيكون
باطلا ويرد الثمن لبطلان البيع ولان المشتري لم يدفع الثمن اليه الا ليسلم له المبيع فاذا لم يسلم له رجع به
ولا يعتبر دعوة المشتري مع دعوة البائع او بعده وهو المراد بقوله وان ادعاه المشتري معه او بعده
لان دعوة البائع اسبق لانها تستند الى حالة العلوق لكونها دعوة استيلاد لوجود العلوق في ملكه
ودعوة المشتري دعوة تحرير اذ العلوق لم يكن في ملكه فيقتصر فكانت الاولى اقوى فلا تعتبر الثانية معها
ولانه لما ثبت النسب من البائع تبين ان البيع كان باطلا فلم يدخل في ملك المشتري فصار المشتري كغيره من
الاجانب فلا يصح دعواه ولان الولد استغنى عن النسب بثبوته من البائع فلا حاجة الى اثباته من غيره
واحترز بقوله وان ادعاه المشتري معه او بعده عما اذا ادعاه قبله لانه اذا ادعاه المشتري ولا يثبت نسبه
منه لوجود المجوز للدعوة وهو الملك الا ترى انه يجوز اعتاقه واعتاق امه فكذا يصح دعوته ايضا لحاجته
الى النسب والى الحرية ويثبت لها امومية الولد باقراره ثم لا يصح دعوة البائع بعده لانه قد استغنى عن
النسب بثبوته من المشتري ولان النسب لا يحتمل الابطال فيبطل به حق استلحاق النسب للبائع ضرورة
قال وكذا ان ماتت الام بخلاف موت الولد يعني اذا ماتت الام فادعى البائع الولد وقد جات به لاقل
من ستة اشهر ثبت نسبه منه مثل الاول بخلاف ما اذا مات الولد ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت نسبه منه
والفرق ان الولد هو الاصل في الباب والام تبع له فيه الا ترى انها تضاف اليه فيثبت نسبه او لا فيعتق
فيتبعه امه فيثبت لها حق الحرية بسببه لقوله عليه السلام اعتقها ولدها وقال عليه السلام من وطئ
امته فولدت له فهي معتقة عن دبر منه رواهما ابن ماجه ولان المقصود من الدعوة الولد دون الام وهي
تدخل تبعا فكان الثابت له اقوى والادنى يتبع الاقوى فاذا كان الولد هو الاصل كان المعتبر بقاؤه
لحاجته الى ثبوت النسب ولا يضره فوات التبع بخلاف العكس وهو ما اذا ماتت الولد دون الام حيث لا يصح
دعوته في الام لان الحكم لا يثبت في التبع ابتدا بدون متبوعه والولد قد استغنى عن النسب بالموت فيتعذر

اثباته بعد موته ولم يعد بعد موتها فثبت نسبه ورد الثمن كله عند ابي حنيفة لانه تبين انه باع ام ولده
وبيعها باطل ولا يضمنها المشتري لان مالية ام الولد غير متقوم عنده كالحر ولهذا لا تضمن بالغصب عنده وعندهما
يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لان مالية ام الولد متقومة عندهما فتضمن بالعقد والغصب فيكون مضمونة
على المشتري فاذا رد الولد دونها يجب على البائع حصة ما لم يسلم له وهي الام بهذا اذا حمل الحلم على قولهما وكان ينبغي
ان يرد البائع جميع الثمن عندهما ايضا ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين انه باع ام ولده
وبيع ام الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لاجزاء المبيع فيه حصة بل يجب على كل واحد من
المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله **قال** وعتقهما كموتهما اي عتاق المشتري الام والولد
كموتهما حتى لو اعتق المشتري الام دون الولد فادعى البائع الولد انه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه ولو
اعتق الولد دون الام لا تصح دعوته لما ذكرنا ان الولد هو الاصل فيعتبر قيام المانع حتى يمنع الدعوى دون الام
كما قلنا في الموت وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض بعد ثبوته كالنسب فصار اعتاقه كدعوته
انه ابنه ولان الاعتاق يثبت الولاء وهو كالنسب فلا يمكن ابطاله كما لا يمكن ابطال نسبه بعدما ادعاه
المشتري ولان للبائع حقا وهو حق دعوة النسب والاستيلاد وما ثبت للمشتري حقيقة والحق لا يعارض
الحقيقة والتدبير كالاعتاق لانه لا يحتمل النقض لما ظهر فيه بعض اثار الحرية وهو امتناع التمليك فصار
كالاستيلاد ثم ان قام هذا المانع بالولد امتنعت دعوة البائع لما بينا وان قام بالام لا يمتنع فيثبت نسبه من
البائع ولا تصير امه ام ولد له لان العتق فيها لا يمكن نقضه ولا يقال ينبغي ان يبطل اعتاق المشتري لان نسب
الولد ثبت مستندا الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فلم يملكها المشتري فيبطل البيع كما لو ولدت
المبيعة ولدين في بطن واحد فاعتق المشتري احدهما ثم ادعى البائع الاخر انه ابنه ثبت نسبهما منه ويبطل
عتق المشتري لانه لم يملكه ضرورة انهما خلقا من ماء واحد ولهذا يبطل سائر تصرفاته مثل البيع والهبة فكذا
العتق وتوابعه لانا نقول ثبوت امومية الولد ليس من احكام ثبوت النسب ولا من ضروراته الا ترى ان النسب
يثبت في ولد المغرور وفي ولد الامة المنكوحة ولا تصير امه ام ولد له بخلاف التوأمين لانهما خلقا من ماء
واحد فما ثبت لاحدهما من الاحكام يثبت للاخر ضرورة ثم اذا لم يبطل عتق المشتري في الام قيل البائع يرد من
الثمن ما يخص الولد خاصة ولا يرد ما يخص الجارية بالاجماع هنا وذكر الفرق لابي حنيفة في المبسوط بين هذا
وبين ما اذا ماتت الام فان البائع فيها يرد جميع الثمن عنده وهنا يرد ما يخص الولد فقط والفرق ان في
الاعتاق القاضي كذب البائع فيما زعم انها ام ولد حيث جعلها معتقة المشتري ولم يفسخ البيع فيها فبقي البيع
صحيحا فيجب عليه ثمنها بخلاف فصل الموت فان زعم البائع فيه لم يبطل بشيء فبقي معتبرا في حقه اذ لم يحكم بما يكذبه شرعا
فيرد جميع الثمن وفي الاعتاق يرد حصة الولد ثم جعل هنا للمولود بعدا لعقد حصة من الثمن كالمولود قبله لان
البائع يستفيد من فسخ هذا البيع بالدعوة فصار كالحادث قبل القبض في المعنى وفي الحادث قبل القبض له
حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة او لكونه مستحقا من العقد ومن المشايخ
من قال يرد البائع جميع الثمن هنا عند ابي حنيفة كما في فصل الموت لان ام الولد لا قيمة لها عنده ولا تضمن بالعقد
فيؤاخذ بزعمه والله اعلم قال صاحب الهداية وهو مخالف للرواية وكيف يقال يسترد جميع الثمن والبيع لم
يبطل في الجارية حيث لم يبطل اعتاقه بل يرد حصة الولد فقط بان يقسم الثمن على قيمتهما تعتبر قيمة الام يوم

القبض لانها دخلت في ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لانه صار له القيمة بالولادة فيعتبر قيمته
عند ذلك **قال** وان ولدت لاكثر من سنة اشهر ردت دعوة البائع الا ان يصدقه المشتري وهذا
الكلام يشمل وجهين احدهما ان تلد لاكثر من سنتين من وقت البيع وحكمه انه لا يصح دعواه لعدم العلوق
في ملكه بيقين وهو المصحح الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح لتيقننا
ان العلوق لم يكن في ملكه ولا يبطل البيع ولا يعتق الولد ولا تصير الامة ام ولد له لان العلوق حادث بعد
البيع ولا يستند الى ما قبل البيع حتى يبطل فكانت هذه الدعوة دعوة تحرير فلا تنفذ الا في الملك اذ لا تعتد
غير المالك على التحرير والثاني ان تلد لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين منه وحكمه ان
دعوة البائع لا تقبل فيه ايضا لاحتمال العلوق بعد البيع فلم يوجد المصحح فيه بيقين فلم يصح الا ان يصدقه
المشتري فحينئذ يثبت نسبه لتصادقهما فيه وتصير الامة ام ولد له تبعا للولد ويبطل البيع لاستناد
العلوق الى ما قبل البيع لامكانه فيتبين انه باع ام ولده فيبطل وهذا لان هذه الدعوة دعوة استيلاد
فيستند ثم اعلم ان الدعوة هنا ثلثة اوجه دعوة استيلاد ودعوة تحرير ودعوة شبهة كالاب
يدعي جارية ابنه وحكم كل قسم وشرطه مذكور في موضعه وصورة كل قسم من هذه الاقسام يقسم الى مثلثه
اما ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بينهما وقد ذكرنا حكم كل بحمد الله تعالى
فاحفظه **قال** ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه لما بينا وانما يعرف انهما توأمان اذا
كان بين ولادتيهما اقل من ستة اشهر وان كان بينهما ستة اشهر فصاعدا فليسا بتوأمين لان اقل مدة
الحمل ستة اشهر فاذا اتت بولد ثم جاءت بولد اخر لاقل من ستة اشهر يعلم بالضرورة انهما من ماء واحد
اذ لا يمكن علوق الثاني بعد الولادة لما ذكرنا ولا يمكن علوقه وهي حبلى بالاول لان فم الرحم ينسد ولا ينفتح
وهي حبلى الا لخروج الولد **قال** وان باع احدهما واعتقه المشتري بطل عتق المشتري معناه اذا باع احد
التوأمين فاعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي لم يبعه انه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري فيه لان
دعوة البائع صحت في الذي لم يبعه لمصادفة العلوق والدعوى ملكه فيه فيثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت
نسب الاخر منه لانهما من ماء واحد فيلزم منه بطلان عتق المشتري لكونهما حري الاصل اذ يستحيل ان يكون احدهما
حر الاصل والاخر رقيقا وهما من ماء واحد فيكون نقض العتق بما هو فوقه وهي الحرية الثابتة باصل الخلقة
بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه اعتاق المشتري بدعوى البائع نسبه لان العتق فيه لو بطل لبطل
مقصودا لاجل حق الدعوة للبائع وانه لا يجوز على ما بينا وجهه وهنا ثبتت الحرية في الذي لم يبعه ثم يتعدى
الى الاخر ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت مقصودا وهذا اذا كان اصل العلوق في ملكه وانما اذا لم
يكن العلوق في ملكه بان اشتراهما بعد الولادة او اشترى امهما وهي حبلى بهما او باعهما فجاءت بهما لاكثر من سنتين
فيثبت نسبهما ايضا لانهما لا يفترقان فيه لما ذكرنا الا ان العتق الذي ليس في ملكه وان كان المشتري قد اعتقه
لا يبطل عتقه لان هذه الدعوة دعوة تحرير لعدم العلوق في الملك فلا يملكها الا من يملكه لانشائه فلهذا اشترط
لنزول العتق عليه ان يكون في ملكه بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا كان العلوق في ملكه حيث يعتقان جميعا
لانها دعوة استيلاد فيستند ومن ضرورته عتقهما بطريق انهما حرا الاصل فتبين انه باع حرا
صبي عند رجل فقال هو ابن فلان ثم قال هو ابني لم يكن ابنه وان جحد ان يكون ابنه معناه اذا كان صبي عنده

رجل فقال الرجل الذي عنده الصبي هذا الصبي ابن فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد فلان
الغائب ان يكون الصبي ابنه ولا يشترط لهذا الحكم ان يكون الصبي في يده واشتراطه في الكتاب وقع اتفاقا
وانما لا يصح دعوته بعد ذلك لانه اقر بثبوت نسبه من الغير وذلك يمنع ثبوت نسبه منه بدعوته لان
اقراره حجة في حق نفسه وهذا قول ابي حنيفة وقالا يصح دعوة المقر بعد جحود المقر له ان يكون ابنه لان
اقراره بطل بجحود المقر له فصار كان لم يقر ولهذا يعتق عليه بدعوته لو كان عبدا له وهذا لان الاقرار
بالنسب مما يرتد بالرد اذ الاقرار مما لا يحتمل النقض يلحق بالاقرار بما يحتمل النقض ولهذا يؤثر فيه الهزل
والاكراه حتى لا يصح معهما وان كانا لا يؤثران فيما لا يحتمل النقض فصار كما اذا اقر المشتري على البائع
باعتاق العبد المبيع قبل البيع وكذبه البائع ثم قال المشتري انا اعتقته فان الولاء يتحول اليه فكذا هذا
ولان اقراره له بالنسب نفي للنسب عن نفسه او انكار لوجوب الحقوق عليه وذلك لا يمنع الاقرار به بعده
بان قال ليس هو ابني ثم قال هو ابني ولهذا يصح اكذاب الملاعن نفسه بعد نفي النسب بخلاف ما اذا صدقه لانه
يدعي نسبا ثابتا من غيره وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه
كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لتعلق حقه به لو اكذب نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما
لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فيبقى في حق نفسه لان اقراره حجة في حق نفسه كمن
اقر بحرية عبد الغير وكذبه المولى فانه يبقى في حق المقر حرا ولا يرتد اقراره حتى لو ملكه يوما عتق عليه لاقراره
بذلك وكمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه الشاهد لنفسه فان دعواه لا تقبل
لاقراره به للغير وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت نسبه منه وكذا لو
تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له فصار كدعواه قبل الرد ولا نسلم ان موجب اقراره شيئان ثبوت النسب
للغير وابطال حق نفسه في الدعوة واذا ارتد الاول لعدم ولايته عليه فلا يرتد الثاني لان اقراره حجة عليه
ولا نسلم مسألة الولاء لانها على الخلاف ذكره في كتاب الولاء ولئن سلم فالنسب الزم من الولاء فانه يقبل التحول من
جانب الام الى جانب الاب عند اعتاق الاب وكذا لو ارتدت معتقه ولحقت بدار الحرب وسبيت
واعتقها المولى الثاني كان الولاء له والنسب لا يقبله كما مر في ولد الملاعنة فلا يصح القياس عليه واما اذا
علمه اذا ادعاه لا قرار به كما اذا قال لعبده الثابت نسبه من غيره هو ابني وهذا يصلح حيلة فمن يبيع عبدا
اصل علوقه عنده ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك من البائع فيبطل دعواه بنسبه لغيره مطلقا عنده وعندهما
يشترط الا يرد المقر له النسب بان يسكت او يقر به او يموت او لغائب لا يعرف **قال** ولو كان في يد مسلم
ونصراني فقال النصراني ابني وقال المسلم عبدي فهو حر ابن النصراني اي لو كان الصبي في ايديهما فادعى
النصراني انه ابنه والمسلم انه عبده وادعيا معا كان حرا ابن النصراني لانه ينال بذلك شرف الحرية في الحال
والاسلام في المآل اذ دلائل الوحدانية ظاهرة فكانت فيه الجمع من المصلحتين وفي عكسه فوات شرف
الحرية اذ لا قدرة له على اكتسابها فكان الجمع بينهما اولى ولا يقال ينبغي ان يكون عبدا للمسلم لان الاسلام مرجح
لانا نقول الترجيح يكون عند التعارض وهو الاستواء ولا تعارض هنا لان النظر له فيما قلنا اوفر فلا يتحقق
الاستواء بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما انه ابنه حيث يكون المسلم فيه اولى لاستوائهما في دعوة البنوة
فيرجح المسلم بالاسلام وهو اوفر للصبي لحصول المقصود الاسلام له في الحال تبعا لابيه **قال** وان

كان صبي في يد زوجين فزعم انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان كل واحد منهما اقر للولد
بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه فصح اقرارهما له ولا يبطل حق صاحبه فصح اقرارهما له ولا يجرد قوله ولا
يترجح احدهما على الاخر لاستوائهما في اليد فيثبت منهما وقيام يدهما عليه وهذا الفرق بينهما كثوب في يد رجلين يقول
كل واحد منهما لصاحبه هذا الثوب لي ولفلان اخر غيرك والشريك انت فيه شيء كان الثوب بينهما ولا يصدق
كل واحد منهما في ابطال حق صاحبه فيه الا ان المقر له يشارك المقر في نصيبه لان المحل يحتمل الشركة وفي النسب
لا يشارك لانه لا يحتملها هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر فالقول له ايهما صدق ثبت نسبه منه
قال ولدت مشتراة فاستحقت غرم الاب قيمة الولد وهو حر يعني لو اشترى امة فولدت منه ثم
استحقها مستحق ضمن المشتري قيمة الولد والولد حر وكذا اذا ملكها بسبب اخر غير الشراء اي سبب كان
وكذا اذا تزوجها على انها حرة فولدت له ثم استحقت روي ذلك عن عمر رضي الله عنه في النكاح وعن علي رضي الله
عنه في الشراء بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا ولان النظر من الجانبين واجب اذ
المغرور معذور ولانه بنى الامر على سبب صحيح شرعا والامة ملك المستحق والولد جزؤها فاستوجبا الاخر
النظر فوجب الجمع بينهما ما امكن مراعاة لحقهما وذلك بان يجعل الولد حرا الاصل في حق الاب ورقيقا في حق
المستحق لان استحقاق الاصل سبب لاستحقاق الجزء فيضمن الاب قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع
او التحول من العين الى القيمة لانه انما علق رقيقا في حق المولى كما زعمه في عين الولد وانما يتحول الى القيمة
بالقضاء فتعتبر قيمته وقت التحول وتجب هذه القيمة على الاب دون الولد حتى اذا كان الاب ميتا يؤخذ
من تركته لان المانع من الدفع ثبوت النسب وهو من الاب دونه ولا ولاء للمستحق عليه لانه علق حر الاصل وانما
قدرنا الرق ضرورة القضاء بالقيمة فلا يعدو موضعها ثم هذا المغرور اذا زعم ملك اليمين فظاهر وان كان
في ملك النكاح فان القاضي يقضي بها وبولدها للمستحق عند اقامة المستحق البينة انها له لانه ظهر له
انها للمستحق وفرعها يتبعها الا اذا اثبت الزوج انه مغرور بان يقيم البينة انه تزوجها على انها حرة فيثبت
به حرية الاصل للاولاد **قال** فان مات الولد لم يضمن الاب قيمته يعني لو مات الولد قبل الخصومة
لا يجب على الاب شيء لان الولد لو كان للمستحق حقيقة لم يكن مضمونا عليه فان ولد المغصوب امانة عندنا
على ما عرف في موضعه فاولى ان لا يكون مضمونا عليه مع عدم الملك حقيقة وكذا لو ترك مالا لان الارث
ليس ببدل عنه فلا يقوم مقامه فلم يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه بخلاف ما اذا قتله قاتل وقبض الاب
من ديته قدر قيمته حيث يجب عليه ضمان قيمته لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه وان لم يقبض
شيئا لا يجب عليه لان المنع لا يتحقق فيما لم يصل اليه وان قبض اقل من قيمته وجب عليه بقدره اعتبارا للبعض
بالكل وبخلاف ما اذا قتله الاب لان المنع يتحقق بقتله كما في ولد المغصوب اذا قتله الغاصب **قال**
ويرجع بالثمن وقيمته على بائعه ولا يرجع بما لزمه من العقر بوطئها لان البائع صار كفيلا بما شرط عليه
من البدل لان البيع مبني على التساوي في البدلين في حكم الضمان فلما كان الثمن من جانب المشتري سالما للبائع وجب
ان يكون المبيع سالما للمشتري وذلك بان يجعل البائع كفيلا بسبب تملك البدل فصار كانه قال للمشتري
ان الحكم قد ملك فان ضمنك احد بدعوى باطل فانا ضامن لك بما ضمنك ولان البائع التزم سلامتها
عن العيب اذ المعاوضة تقتضي ذلك ولا عيب فوق الاستحقاق فيرجع عليه وكذا ان هلكت عند المشتري

فضمنه المستحق قيمتها وقيمة الاولاد يرجع المشتري على البائع بالثمن و بما ضمن من قيمة الاولاد لما بينا
ولا يرجع عليه بقيمة الجارية لان اخذ قيمتها منه كاخذ عينها وفيه لا يرجع الا بالثمن هذا هذا وكذا اذا زوج
رجل على انها حرة ثم استحقت يرجع الاب على المزوج بقيمة الولد اذ الاستيلاد مبني على التزويج وشرط
الحريه صار بمنزلة الوصف اللازم لهذا التزويج فيكون الاستيلاد بناء على التزويج وشرط الحريه فكان الشارط
صاحب علة فنزل كالقائل انا كفيل بما لحقك بسبب هذا العقد او يقال ما لزمه من الضمان انما لزمه بالاستيلاد
والاستيلاد حكم التزويج لانه موضوع له فكان المزوج صاحب علة فيضاف الحكم اليه بخلاف ما اذا اخبر
رجل انها حرة او اخبرته هي وتزوجها من غير شرط الحريه حيث حرّ الولد وفقا ولا يرجع على المخبر بشيء لان
الاخبار سبب محض لان العقد حصل باختيار الرجل والمراة وانما يؤخذ حكم العلة بالغرور وذلك باحد
امرين بالشرط او بالمعاوضة ولا يرجع بما لزمه من العقر على البائع وعند الشافعي يرجع لانه ضمان
لزمه بفوت السلامة قلنا العقر عوض عما استوفى من منافع البضع فلو رجع به سلم له المستوفى مجانا
والوطي في ملك الغير لا يجوز ان يسلم له مجانا ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصي بشيء من قيمة الاولاد
وعند الشافعي يرجع لان الغرور قد تحقق منه بايجابه الملك له فيها واخباره انها مملوكته قلنا مجرد
الغرور لا يكفي للرجوع فان من اخبر انسانا ان هذا الطريق امن فسلكها فاخذ اللصوص ماله لم يرجع على المخبر بشيء
بخلاف البيع فانه عقد معاوضة يوجب السلامة او الضمان على ما بينا وهذا تبرع وهو محسن وليس على
المحسن من سبيل وبخلاف التزوج لانه موضوع للاستيلاد وطلب النسل قال عليه السلام
تناكحوا تناسلوا الحديث فاذا لم يسلم له ما هو المقصود به رجع بذلك على من غره والمقصود
بوضع الهبة اظهار الجود والسماحة وثبوت الملك وهذا المقصود يتحقق بدون الاستيلاد ولو باعها
المشتري من اخر فاستولدها الثاني ثم استحقت رجع المشتري الثاني على البائع الثاني بالثمن وبقيمة الولد
ويرجع المشتري الاول على البائع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا
يرجع عليه بقيمة الولد ايضا لان البائع الاول ضمن للثاني سلامة الولد في ضمن البيع ولم يسلم له حيث اخذ
منه قيمة الولد فيرجع عليه كما في الثمن والرد بالعيب ولابي حنيفة رحمه الله ان البائع الاول ضمن للمشتري
سلامة اولاده دون سلامة اولاد المشتري منه لان ضمان السلامة انما يثبت بالبيع
والبيع الثاني لا يضاف اليه وانما يضاف الى البيع الثاني لمباشرته باختياره
فيقطع به نسبة الاول بخلاف الثمن لان البائع الاول ضمن للبائع
الثاني سلامة المبيع فلم يسلم له فلا يسلم للبائع الثمن
وبخلاف الرد بالعيب لان المشتري الاول
استحقه سليما فلم يوجد ٥
والله اعلم بالصواب
تم الجزء الثاني

بحمد الله وعونه ويتلوه في الثالث كتاب الاقرار ٥ وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه وسلم ٥
وكتبه العبد الفقير الى رحمة الله تعالى محمد بن يوسف غفر الله له ولوالديه وللمسلمين بمنه وكرمه امين